

Der Beweisantrag im Zivilprozeß

von
Rainer Söllner
aus
Freiburg i. Brg.

1972 # 564

Der Beweisantrag im Zivilprozeß

Inaugural-Dissertation

der Juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexander-Universität

Erlangen-Nürnberg

vorgelegt

von

Rainer Söllner

aus

Freiburg i. Brg.



Referent: Professor Dr. Horst-Eberhard Henke
Tag der mündl. Prüfung: 28.6.1972

INHALTSVERZEICHNIS

1. Kapitel:	<u>Die Bedeutung des Beweisantrags für die Feststellung des Sachverhalts</u>	
A :	Der Beweisantrag als Mittel der Wahrheitsfindung	1
B :	Die Kodifikation des Beweisantragsrechts im Zivil-, Verwaltungs- und Strafprozeß	2
C :	Die Bedeutung von Beweisanträgen im Zivilprozeß	3
	I. Beweisanträge und Beweiserhebungen von Amts wegen	3
	II. Beweisanträge und Prüfung von Amts wegen	9
	III. Beweisanträge im Verfahren mit Untersuchungssatz	14
D :	Der Beweisantrag als Last der Parteien	18
E :	Beweisanträge und § 139 ZPO	18
F :	Die sog. "formelle Wahrheit" im Zivilprozeß.	22
G :	Beweisantrag - Beweiserhebungspflicht- Beweisablehnung (Aufgabenstellung)	23
2. Kapitel:	<u>Der Charakter des Beweisantrags</u>	
A :	Die Benennung eines Beweismittels	24
	I. Die Beweismittel der ZPO	24
	II. Beschränkung der Beweismittel im Urkunden- und Wechselprozeß	32
	III. Ausschluß eines Beweismittels durch Beweismittelverzicht	33
	IV. Die Konkretisierung des Beweismittels ..	36
	V. Die Bestimmung des Beweismittels durch den Antragsteller als rechtspolitische Frage	37
B :	Die Behauptung einer Tatsache	38
	I. Der Begriff der Behauptung	38
	II. Der Begriff der Tatsache	40
C :	Die Substantiierungspflicht	45
	I. Bedeutung	45
	II. Begründung und Umfang	45
	III. Fälle der Darlegungs- und Beweisnot ...	56
D :	Die Zurücknahme des Beweisantrags	69

3. Kapitel :	<u>Die durch den Beweis Antrag begründeten pflichten des Gerichts</u>	
A :	Die Pflicht, die Beweise zu erheben	72
	I. Die Maxime der Beweiserhebungspflicht	72
	II. Ableitung aus dem Verfassungsrecht ...	73
	III. Ableitung aus dem Verfahrensrecht ...	79
	IV. Beweiserhebungspflicht des Gerichts- Beweiserhebungsanspruch des Antrag- stellers ?	91
B :	Die Pflicht zur Beweiserhebung und der Grund- satz des Verbots einer vorweggenommenen Be- weiswürdigung	94
	I. Der Grundsatz und seine Auswirkungen	94
	1. keine Vorwegnahme der Beweiswürdi- gung durch Vermutungen	94
	2. keine Vorwegnahme der Beweiswürdi- gung durch eine Ablehnung von Ge- genbeweis anträgen	96
	3. keine Vorwegnahme der Beweiswürdi- gung durch Wahrunterstellung	97
	II. Die Beweiswürdigung ohne Beweiser- hebung (Bedeutung der Erfahrungssätze für die Beweiswürdigung)	103
C :	Die Bescheidung des Beweis Antrags	107
	I. Die stattgebende Entscheidung	107
	II. Die ablehnende Entscheidung	108
	III. Der für eine Ablehnung maßgebliche Zeitpunkt	110
4. Kapitel :	<u>Die Ablehnung von Beweis anträgen</u>	
A :	Ablehnung aus beweisrechtlichen Gründen..	113
	I. Ablehnung ohne eine Beweiswürdigung.	113
	1. die Unerheblichkeit der Beweis- tatsache	114
	2. die unstreitige Tatsache	123
	3. die bereits erwiesene Tatsache ..	124
	(durch Offenkundigkeit, gesetz- liche Vermutungen, Beweis im Sinne der Behauptung)	
	4. die Kenntnis des Richters von Er- fahrungssätzen	132
	5. die Kenntnis des Richters von Rechtssätzen	140
	II. Ablehnung mit zulässiger Vorweg- würdigung	141
	1. die Ungeeignetheit des Beweis- mittels	144
	2. die Behauptung einer unmöglichen Tatsache	163

B	: Ablehnung aus verfahrensrechtlichen Gründen	164
I.	Freistellung von der Beweiserhebungspflicht aus Gründen der Prozeßökonomie, der Konzentration und Beschleunigung des Verfahrens	165
1.	das Recht des Gesetzgebers, das Verfahren zu regeln	165
2.	das Recht des Antragstellers auf fehlerfreien Ermessensgebrauch	166
3.	die Ermessensgesichtspunkte	167
4.	die Beweisantizipation	174
5.	keine Ausdehnung über die gesetzlich geregelten Fälle hinaus (Augenschein Freibeweis)	175
II.	Aufhebung der Beweiserhebungspflicht auf Grund von Beweisverboten	181
1.	die gesetzlich geregelten Beweismittel- und Beweistatsachenverbote	181
2.	Beweisverbot bei rechtswidriger Beweismittelbeschaffung ?	184
3.	Verstoß gegen Treu und Glauben	199
4.	Ausforschungsverbot als prozessualer Grundsatz ?	208
5. Kapitel	: Die Ablehnungsgründe und ihre Kodifizierung	
A	: Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse, gegliedert nach den Gesichtspunkten der Zulässigkeit und Begründetheit	227
I.	Die Zulässigkeit und die Begründetheit als Beurteilungskriterien	227
II.	Die Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit des Beweisantrags	228
III.	Die Begründetheit bzw. Unbegründetheit des Beweisantrags	230
B	: Analoge Anwendung des § 244 Abs. 3,4 StPO ?	232
I.	Die Rechtsprechung und Literatur	232
II.	Ausschluß einer Analogie durch gewohnheitsrechtliche Geltung der Ablehnungsgründe ?	233
III.	Die Voraussetzungen einer Analogie	238
IV.	Zweckmäßigkeit einer Analogie bzw. einer gesetzlichen Regelung	240
C	: Gesetzesvorschlag	241

SCHRIFTTUM

- Alsberg, Max
neu bearbeitet von
Nüse, Karl-Heinz
- Anhalt, Peter
- Arndt, Herbert
- Arndt, Adolf
- ders.
- Baumbach-Lauterbach
- Baumgärtel, Gottfried
- ders.
- ders.
- Baur, Fritz
- ders.
- Bender, Rolf
- Bergerfurth, Bruno
- Berkholz, Joachim
- Bernhardt, Wolfgang
- ders.
- ders.
- Der Beweisanspruch im Strafprozeß,
4.Aufl., Köln-Berlin 1969
- Verfahrensgrundsätze und Ausfor-
schungsbeweis, Dissertation,
Tübingen 1966
- Ausforschungsbeweis,
DRiZ 1966, S.301 f.
- Die Verfassungsbeschwerde wegen Ver-
letzung des rechtlichen Gehörs,
NJW 1959, S. 1297 f.
- Das rechtliche Gehör,
NJW 1959, S. 6 f.
- Zivilprozeßordnung mit GVG und
anderen Nebengesetzen,
30.Aufl., München 1970
- Wesen und Begriff der Prozeßhandlung
einer Partei im Zivilprozeß,
Berlin-Frankfurt 1957
- Treu und Glauben, gute Sitten und
Schikaneverbot im Erkenntnisverfahren,
ZZP Bd.69 (1956), S.89 f.
- Die Verwirkung prozessualer Befug-
nisse im Bereich der ZPO und des FGG,
ZZP Bd. 67 (1954), S.423 f.
- Der Anspruch auf rechtliches Gehör,
aCP Bd. 153 (1954), S. 393 f.
- Zum sogenannten Freibeweis im Verfah-
ren der freiwilligen Gerichtsbarkeit,
in: Festschrift für Hans Schima,
Wien 1969, S. 59-60
- Der Beweisbeschuß - ein Nachruf,
MDR 1972, S. 15 f.
- Der Zivilprozeß (Klage - Urteil -
Rechtsmittel),
Freiburg i.Brg. 1968
- Der Beweisermittlungsantrag, Diss.,
Köln 1967
- Das Zivilprozeßrecht,
3.Aufl., Berlin 1968
- Die Aufklärung des Sachverhalts im Zi-
vilprozeß,
in: Festgabe für Rosenberg, S. 9 f.,
München-Berlin 1949
- Beweislast und Beweiswürdigung im
Zivil- und Verwaltungsprozeß,
JR 1966, S. 322 f.

- | | |
|--|---|
| Bettermann, Karl August | Besprechung seines Referates zum
46. dt. Juristentag,
NJW 1966, 2030 |
| Blomeyer, Arwed | Zivilprozeßrecht (Erkenntnisverfahren),
Berlin-Göttingen-Heidelberg 1963 |
| ders. | Beweislast und Beweiswürdigung,
in: Verhandlungen des 46. dt. Juris-
tentages, Bd. I, München-Berlin 1966 |
| ders. | Der Rechtsschutzanspruch im Zivil-
prozeß,
in: Festschrift für Eduard Bötti-
cher, Berlin 1969 |
| Bolgiano, Carl | Zur Lehre vom Beweisbeschuß,
ZZP Bd. 18 (1893), S. 335 f. |
| Bötticher, Eduard | Die Gleichheit vor dem Richter,
2. Aufl., Hamburg 1961 |
| Bosch, Friedrich Wilhelm | Das neue Recht des nichtehelichen
Kindes in Deutschland - ein Ver-
gleich mit schweizerischem Recht
und schweizerischen Reformbestre-
bungen, FamRZ 1970, S. 157 f. |
| Brauchitz, von M.
(bearbeitet von
Ule, Carl Hermann) | Verwaltungsgesetze des Bundes und
der Länder, Bd. I, 2. Halbband:
Verwaltungsgerichtsbarkeit,
2. Aufl., Köln-Berlin-München-Bonn
1962 |
| Brauer (Helmuth) -
Schneider (Egon) | Der Zivilrechtsfall in Prüfung
und Praxis, 5. Aufl.,
Berlin-Frankfurt 1970 |
| Brauer, Helmuth | Zur Lehre vom gleichwertigen Partei-
vorbringen,
JZ 1956, S. 710 f. |
| Brüggemann, Dieter | Judex statutor und judex investiga-
tor, Untersuchungen zur Abgrenzung
zwischen Richtermacht und Parteien-
freiheit im gegenwärtigen deutschen
Zivilprozeß,
Bielefeld 1968 |
| ders. | Die Vaterschaftsfeststellung im
Referentenentwurf 1966 zum Unehe-
lichengesetz,
FamRZ 1966, S. 530 f. |
| Bruns, Rudolf | Zivilprozeßrecht,
Berlin 1968 |
| ders. | Richterliche Bindung und richter-
liche Freiheit im Zivilprozeßrecht,
in: Annales Universitatis Saravien-
sis,
Köln-Berlin 1953, II 4, S. 237 f. |
| ders. | Zur Systematik der gesetzlichen Be-
weisarten im Zivilprozeß,
JZ 1957, S. 489 |

- | | |
|---|--|
| Bundesjustizministerium | Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit,
Bonn, 1961 |
| dasselbe | Referentenentwurf eines Gesetzes über die rechtliche Stellung der unehelichen Kinder,
Bielefeld, Mai 1966 |
| Bundestag, Rechtsausschuß
(5. Wahlperiode) | Schriftlicher Bericht des Abgeordneten Dr. Stammberger zu Drucksache V/4179 |
| Buss, Walter | Beweislast und Beweismwürdigung im Verwaltungsprozeß,
DRiZ 66, S. 291 f. |
| Büttner, Siegfried | Vaterschaftsprozesse und Ausforschungsbeweise,
ZZP Bd. 67(1954), S. 73 f. |
| Canaris, Claus-Wilhelm | Die Feststellung von Lücken im Gesetz,
Berlin 1964 |
| Cöing, Helmuth | Grundzüge der Rechtsphilosophie,
2. Aufl., Berlin 1969 |
| Diederichsen, Uwe | Zur Rechtsnatur und systematischen Stellung von Beweislast und Anscheinsbeweis,
VersR 1966, S. 211 f. |
| Dilcher, Hermann | Die prozessuale Verwendungsbefugnis;
Ein Beitrag zur Lehre vom rechtswidrigen Beweismittel,
AcP Bd. 158 (1959), S. 469 f. |
| Döhring, Erich | Die Erforschung des Sachverhalts im Prozeß,
Berlin 1964 |
| ders. | Die Bedeutung der materiellen Wahrheit für das Prozeßverfahren,
DRiZ 1965, 367 |
| Dunz, Walter | Der unzulässige Ausforschungsbeweis,
NJW 1956, S. 769 |
| Endemann, Wolfgang | Tendenzen in der Rechtsprechung des BverfG zum rechtlichen Gehör,
NJW 1969, S. 1197 f. |
| Engisch, Karl | Einführung in das juristische Denken,
4. Aufl., Stuttgart 1968 |
| Enneccerus-Nipperdey | Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Halbband, 15. Aufl.
Tübingen 1959 |
| Esser | Kann die Duldung einer Blut- bzw. erbbiologischen Untersuchung mit der Begründung, sie sei als Ausforschungsbeweis unzulässig, verweigert werden?,
MDR 1952, S. 537 |

- Esser, Guido Der Ausforschungsbeweis, Dissertation, Bonn 1969
- Esser, Josef Schuldrecht, Band 1 - Allg. Teil, 4. Aufl., Karlsruhe 1971
- ders. Richerrecht, Gerichtsgebrauch und Wohnheitsrecht, in: Festschrift für Fritz von Hippel, Tübingen 1967, S.95 f.
- Eyermann-Fröhler Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 5. Aufl., München 1971
- Firsching, Karl Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder vom 19.9.1969, Der deutsche Rechtspfleger 1970, S. 8 f.
- Flume, Werner Richter und Recht, in: Verhandlungen des 46. dt. Juristentages, Bd. II, Teil K, München-Berlin 1967
- Gaul, Friedhelm Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses, AcP Bd. 168(1968), S.27 f.
- Gamillscheg, Franz Die Haftung des Arbeitnehmers, in: Verhandlungen des 45. dt. Juristentages, Bd. II, Teil G, München-Berlin 1965
- Gaupp, Rolf Dietrich Beweisfragen im Rahmen ärztlicher Haftungsprozesse, Dissertation, München 1969
- Gerhardt, Walter Beweisvereitelung im Zivilprozeßrecht, AcP Bd. 169 (1969), S. 289 f.
- Gernhuber, Joachim Lehrbuch des Familienrechts, 2. Aufl., München 1971
- Glage, Gerhard Vaterschaftsfeststellung nach dem neuen Nichteelichenrecht, NJW 1970, S.1223
- Gloede, Wilhelm Müssen im Urkundenprozeß auch unstreitige Behauptungen durch Urkunden beweisbar sein ? MDR 1966, S.103 f.
- Göppinger, Horst Betrachtungen zum Referentenentwurf eines Unehelichengesetzes, FamRZ 1966, S. 418 f.
- ders. Zur Reform des Rechts der nichtehelichen Kinder, JR 1969, S.401 f.
- ders. Die Neuregelung der rechtlichen Stellung der nichtehelichen Kinder, DRiZ 1970, S.141 f. und S.177 f.
- Goldschmidt, James Der Prozeß als Rechtslage, Eine Kritik des prozessualen Denkens, Abhandlungen aus der Berliner Juristischen Fakultät, Berlin 1925

- | | |
|-----------------------|---|
| Grunsky, Wolfgang | Grundlagen des Verfahrensrechts,
Bielefeld 1970 |
| Habscheid, Walther | Anmerkungen zum Urteil des BGH vom
6.12.1965, ZZP Bd.79 (1966), S.452 f. |
| Hahn | Die gesamten Materialien zur Civil-
prozeßordnung, Erste Abteilung,
Berlin 1880 |
| Hainmüller, Dietmar | Der Anscheinsbeweis und die Fahr-
lässigkeitstat im heutigen deut-
schen Schadensersatzprozeß,
Tübingen 1966 |
| Hamann, Andreas | Das Grundgesetz für die Bundes-
republik Deutschland vom 23.Mai 1949,
3.Aufl., Berlin-Neuwied 1970 |
| Hanack, Ernst-Walter | Zur Austauschbarkeit von Beweis-
mitteln im Strafprozeß,
JZ 1970, S.561 f. |
| Hellwig, Konrad | System des deutschen Zivilprozeß-
rechts,
Leipzig 1912 |
| Henke, Horst-Eberhard | Die Tatfrage,
Der unbestimmte Begriff im Zivil-
recht und seine Revisibilität,
Berlin 1966 |
| ders. | Rechtsfrage oder Tatfrage - eine
Frage ohne Antwort ? ,
Betrachtungen zum Revisionsrecht
des deutschen Zivilprozesses,
ZZP Bd.81 (1968), S.196f,321 f. |
| ders. | Die Schmerzensgeldtabelle,
München 1969 |
| ders. | Individualität und Anscheinsbeweis,
JR 1961, S.48 f. |
| Henckel, Wolfram | Die Verantwortung der Verfahrens-
beteiligten für die Beschleunigung
des Zivilprozesses,
in: Festschrift für Hans Schima
zum 75. Geburtstag,
Wien 1969, S.205 f. |
| ders. | Prozeßrecht und materielles Recht,
Göttingen 1970 |
| Hertz-Kleptow | Wann ist im Unterhaltsprozeß des
unehelichen Kindes der Antrag, ein
erbbiologisches Gutachten einzuho-
len, als unzulässige Ausforschung
abzulehnen ? ,
DRiZ 1953, S.103 |
| Heusler, Andreas | Die Grundlagen des Beweisrechts,
AcP Bd.62 (1879), S.209 f. |
| Hiendl, Hans | Das Blutgruppen- und erbbiologische
Gutachten im Alimentenprozeß des
unehelichen Kindes,
NJW 1963, S.1662 f. |

- von Hippel, Fritz Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozeß, Frankfurt 1939
- Hummel, Karl Der Stand der medizinischen Wissenschaft in der Abstammungsbegutachtung und die Frage: Vaterschaftsfeststellung ohne Beweisregel, FamRZ 1963, S. 19 f.
- Jagusch, Heinrich Über das rechtliche Gehör im Strafverfahren, NJW 1959, S.265 f.
- Jansen-Knöpfel Das neue Unehelichengesetz, Die Gesetzesvorlage der Bundesregierung, die amtliche Begründung, Erläuterungen, Frankfurt-Berlin 1967
- Jansen, Paul FGG, Erster Band
2. Aufl., 1969 Berlin
- Jessen, Uwe Kann der Antrag auf Einholung eines Blutgruppengutachtens oder eines erbbiologischen Gutachtens im Unterhaltsprozeß des unehelichen Kindes als Ausforschung zurückgewiesen werden ?
MDR 1956, S.263
- Kayser, Walter Beweisangebote in der mündlichen Verhandlung,
BayVBl. 1961, S.245
- Keidel, Fritz
(fortgeführt von
Keidel Theodor) Freiwillige Gerichtsbarkeit,
9. Aufl., München-Berlin 1967
- Kellner, Hans Verwendung rechtswidrig erlangter Briefe als Beweisurkunden in Ehesachen,
JR 50, 270
- Kerameus, Konstantinos Die Entwicklung des Sachverständigenbeweises im deutschen und griechischen Zivilprozeßrecht,
Köln-Berlin-Bonn-München 1963
- Kleinknecht, Theodor Strafprozeßordnung mit GVG und Nebengesetzen,
30. Aufl., München 1971
- ders. Die Beweisverbote im Strafprozeß,
NJW 1966, 1537 f
- Kleinknecht-Müller-Reitberger (KMR) Kommentar zur Strafprozeßordnung,
5. Aufl., Darmstadt 1963
- Kohlhösser, Helmut Anscheinsbeweis und freie richterliche Beweiswürdigung,
AcP Bd. 165 (1965) S. 46 f.

- Kuchinke, Kurt Grenzen der Nachprüfbarkeit tatrichterlicher Würdigung und Feststellung in der Revisionsinstanz, Bielefeld 1964
- ders. Freiheit und Bindung des Zivilrichters in der Sachaufklärung, Verhandlungen der Fachgruppe für Grundlagenforschung, Frankfurt-Berlin 1966
- ders. Die vorbereitende richterliche Sachaufklärung (Hinweispflicht) im Zivil- und Verwaltungsprozeß, JuS 1967, S.295 f.
- Küper, Walter Die Einholung medizinischer Gutachten und Obergutachten im Zivilprozeß, NJW 1968, S.182 f.
- Lang, Dietrich Der Ausforschungsbeweis im Unterhaltsprozeß des unehelichen Kindes, DRiZ 1962, S.229
- Larenz, Karl Lehrbuch des Schuldrechts, I.Band, 10.Aufl., München 1970
- ders. Richterliche Rechtsfortbildung als als methodisches Problem, NJW 1965, S.1 f.
- ders. Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2.Aufl., Berlin-Heidelberg-NewYork 1969
- Leipold, Dieter Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, Berlin 1966
- Lenckner, Theodor Aussagepflicht, Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht, NJW 1965, S.321
- Lent, Friedrich Die Verteilung der Verantwortung unter Gericht und Parteien im Zivilprozeß, ZJP Bd.63 (1943),S.3 f.
- ders. Wahrheits- und Aufklärungspflicht im Zivilprozeß (Teilkommentar zu § 138,139 ZPO), Bad Oeynhausen 1942
- ders. Zur Unterscheidung von Lasten und Pflichten der Parteien im Zivilprozeß, ZJP.Bd. 67(1954), S.344 f.
- Lent-Jauerning Zivilprozeßrecht, 15.Aufl., München 1970
- Leonhard, Franz Die Beweislast, 2.Aufl., Berlin 1926
- Less, Günther Vom Wesen und Wert des Richterrechts, Erlangen 1954
- Löwe-Rosenberg Die Strafprozeßordnung und das GVG, Großkommentar, 22.Aufl., Berlin-New York 1971

- Lüderitz, Alexander Ausforschungsverbot und Auskunftsanspruch bei Verfolgung privater Rechte,
Tübingen 1966
- ders. Zur Reform des Verfahrensrechts in Kindschaftssachen,
FamRZ 1966, S. 613 f.
- Lücke, Gerhard Über die Beweislast im Zivil- und Verwaltungsprozeß,
JZ 1966, S. 587 f.
- Maetzel, Wolf Bogumil Beweislast und Beweiserhebung im Verwaltungsprozeß,
DöV 1966, S. 520 f.
- von Mangoldt-Klein Das Bonner Grundgesetz,
Band 1, 2. Aufl.,
Berlin 1966
- Maunz, Theodor Deutsches Staatsrecht,
18. Aufl., München-Berlin 1971
- Maunz-Dürig Grundgesetz,
2. Aufl., München 1969
- von Mettenheim, Christoph Der Grundsatz der Prozeßökonomie im Zivilprozeß,
Berlin 1970
- Mezger, Edmund Der psychiatrische Sachverständige im Prozeß,
Tübingen 1918
- Müller, Klaus Die Schweigepflicht im ärztlichen Standesrecht,
MDR 1971, S. 965 f.
- Nagel, Heinrich Die Grundzüge des Beweisrechts im europäischen Zivilprozeß.- Eine rechtsvergleichende Studie -,
Baden-Baden 1967
- Neumann-Nipperdey-Scheu-ner Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte,
2. Band, 2. Aufl.,
Berlin 1968
- Niclas, Ilse-Dore Ausforschungsbeweis im Vaterschaftsprozeß,
ZBLJugR 1966, S. 289
- dies. Der unzulässige Ausforschungsbeweis im Unterhaltsprozeß der unehelichen Kindes,
ZBLJugR 1960, S. 9
- Niedermeyer, Arnold Die Pflicht zur Duldung von Blutuntersuchungen,
MDR 1952, S. 199
- Niese, Werner Doppelfunktionale Prozeßhandlungen, Ein Beitrag zur allgemeinen Prozeßrechtslehre,
Göttingen 1950
- Nikisch, Arthur Zivilprozeßrecht,
2. Aufl.,
Tübingen 1952

- Odersky, Felix Nichtehelichengesetz, Handkommentar,
Bielefeld 1970
- Ordemann, Walter Die Bezugnahme auf Beweisanträge im
Zivilprozeß,
NJW 64, 1308
- Pagenstecher, Max Zur Lehre von der materiellen
Beweislast,
Berlin 1904,
- Palandt
(der jeweilige Bearbeiter ist
an gegebener Stelle zitiert) Bürgerliches Gesetzbuch,
31. Aufl., München 1972
- Peters, Egbert Ausforschungsbeweis im Zivilprozeß,
innerhalb: Beiträge zum Zivilrecht
und Zivilprozeßrecht,
Köln-Berlin 1966
- ders. Der sog. Freibeweis im Zivilprozeß,
Köln-Berlin 1962
- ders. Die Verwertbarkeit rechtswidrig er-
langter Beweise und Beweismittel im
Zivilprozeß (Wahrheitserforschung und
Verfahrensschranken - Bisherige Theo-
rie eines Prinzips der Beweisverbote-
Tragweiter der einzelnen Beweisver-
bote),
ZZP, Bd. 76 (1963), S. 145 f.,
Beweisvereitelung und Mitwirkungs-
pflicht des Beweisgegners,
ZZP, Bd. 82 (1969), S. 200 f.
- ders.
- Peters, Karl Strafprozeß, Ein Lehrbuch,
2. Aufl., Karlsruhe 1966,
- Pettenkofer, H. Die Blutgruppen als Beweismittel im
Vaterschaftsprozeß;
in Abhandlungen aus dem Bundesge-
sundheitsamt, Heft 6, Berlin-Göttinger
Heidelberg 1963
- Pleyer, Klemens Schallaufnahmen als Beweismittel im
Zivilprozeß,
ZZP, Bd. 69 (1956), S. 321 f.
- Pohle, Rudolf Das neue einheitliche Zivilprozeßrecht
MDR 1950, S. 642 f.
- Prölss, Jürgen Beweiserleichterungen im Schadens-
ersatzprozeß,
Karlsruhe 1966
- Raiser, Ludwig Grundgesetz und Privatrechtsordnung,
Verhandlungen des 46. dt. Juristen-
tags,
Bd II, Teil B
- Redeker, Konrad Beweislast und Beweiswürdigung im Zi-
vil- und Verwaltungsprozeß,
NJW 1966, S. 1777 f.

- Reinheimer, Hans Die gerichtliche Feststellung der nichtehelichen Vaterschaft, FamRZ 1970, S. 122
- Richter, Gerhard Strengbeweis und Freibeweis im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Der dt. Rechtspfleger 1969, S. 261 f
- Riedel, Erwin Vom zulässigen und unzulässigen Ausforschungsbeweis, NJW 1956, S.6 f.
- Rimmelspacher, Bruno Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozeß, Göttingen 1966,
- Röhl, Hellmuth Das rechtliche Gehör, NJW 1953, S.1531 f.
- Roggemann, Herwig Das Tonband im Verfahrensrecht, Göttingen 1962
- Rosenberg, Leo Die Beweislast, 5. Aufl., München , Berlin 1965
- Rosenberg-Schwab Zivilprozeßrecht, 10. Aufl., München 1969
- Roth, Alfons Die prozessuale Verwendbarkeit rechtswidrig erlangter Beweisurkunden, JR 50, 715
- Säcker, Franz-Jürgen Zur demokratischen Legitimation des Richter- und Gewohnheitsrechts, ZRP 1971, S. 145 f.,
- Sarstedt, Werner Die Revision in Strafsachen, 4. Aufl., Essen 1962
- ders. Beweisregeln im Strafprozeß; in: Berliner Festschrift für Ernst E. Hirsch, S. 171, f.
- Sauer, Wilhelm Beiträge zum Beweisrecht und zur Urteilsfindung, ZZPBl 68 (1955), S. 425
- ders. Allgemeine Prozeßrechtslehre, Berlin, Detmold, Köln, München 1951
- Sax,W. Das unrichtige Sachurteil als Zentralgutachten der allgemeinen Prozeßrechtslehre, ZZPBl 67 (1954), S. 21 f.
- Seibert, Claus Beweisanträge, NJW 60, 19

- Sellke, Siegfried Die Revisibilität der Denkgesetze,
Dissertation,
Marburg 1961
- Sieg, Karl Beweisrechtsfragen im Verfahren gegen
den Entschädigungsfonds,
VersR 1970, S. 681 f.
- Siegert, Karl Die außergerichtliche Tonbandauf-
nahme und ihre Verwertung im Zivil-
prozeß,
NJW 1957, S. 689 f.
- ders. Die §§ 139, 286 und 287 ZPO in der
neuesten Rechtsprechung des BGH,
NJW 1958, S. 1025
- Schack, Friedrich "Analogie" und Verwendung "allge-
meiner Rechtsgedanken" bei der Aus-
füllung von Lücken in den Normen des
Verwaltungsrechts,
in: Festschrift zu Ehren von Dr. jur.
Rudolf Laun,
Hamburg 1948
- Schade, H. Das anthropologisch-erbbiologische
Gutachten,
in: Vaterschaftsgutachten für die
gerichtliche Praxis, S. 104 f.,
Göttingen 1956
- Schima, Hans Psychologische Erwägungen zum
Prozeßrecht,
in: Festschrift für E. Bötticher,
Berlin 1969
- Schlegelberger, Franz Gesetz über die Angelegenheiten der
Freiwilligen Gerichtsbarkeit,
7. Aufl., Köln-Berlin 1956
- Schlosser, Peter Einverständliches Parteihandeln im
Zivilprozeß,
Tübingen 1968
- Schmid, Richard Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses,
2. Aufl., Leipzig 1906
- Schneider, Egon Die Beweiswürdigung in Prüfung und
Praxis,
1. Aufl., Berlin-Frankfurt 1960
in zweiter umgestalteter Auflage:
Beweis und Beweiswürdigung,
München 1971
- ders. Die Ablehnung von Beweisanträgen im
Zivilprozeß unter besonderer Berück-
sichtigung der höchstrichterlichen
Rechtsprechung,
ZZP Bd. 75 (1962), S. 173 f.
- ders. Die zivilprozessuale Beweisantizipa-
tion in der neueren Rechtsprechung,
MDR 1969, S. 268
- ders. Die Beweisvereitelung,
MDR 1969, S. 4 f.
- ders. Die richterliche Aufklärungspflicht
(§ 139 ZPO),
MDR 1969, S. 721 f.

- Schneider, Herbert Anmerkung zum Urteil des BGH vom
12.4.1951,
NJW 1951, S. 481
- Schmidt, August Gleichwertiges Parteivorbringen,
JZ 1956, S. 559 f.
- Schmidt, Eberhard Der Arzt im Strafrecht,
Leipzig 1939
- ders. Lehrkommentar zur StPO und zum GVG,
Teil I, 2. Aufl., Göttingen 1964
Teil II, 1. Aufl., Göttingen 1957
- Schmitt, Lothar Die Ablehnung von Beweisanträgen im
Verwaltungsprozeß,
DVBl 1964, S. 465 f.
- Schönke, Adolf Rechtsvergleichende und rechts-
politische Bemerkungen zum zivil-
prozessualen Beweisrecht,
ZZP Bd. 61 (1939), S. 1 f.
- ders. Der Umfang der Beweisaufnahme im
Zivilprozeß,
in: Festgabe für Rosenberg, S.217 f.,
München-Berlin, 1949
- Schreiber, Rupert Theorie des Beweiswertes für Beweis-
mittel im Zivilprozeß,
Berlin-Heidelberg 1968
- Schröder, Jochen Abstammung und Ausforschung in der
höchstrichterlichen Praxis der
Schweiz und der BRD,
FamRZ 1965, S. 178
- Schultz, Günther Blick in die Zeit,
MDR 1959, S.175
- Schwab, Karl Heinz Zur Wiederholung des Rechtsschutz-
anspruchs,
ZZP Bd. 81 (1968), S.412
- Staudinger, von J. J. von Staudingers Kommentar zum
Bürgerlichen Gesetzbuch mit Ein-
führungsgesetz und Nebengesetzen,
I. Band, Allg. Teil, 11.Aufl.,
Berlin 1957
- Stein, Friedrich Das private Wissen des Richters,
Untersuchungen zum Beweisrecht beider
Prozesse,
Leipzig 1893
- Stein-Jonas-Pohle,
seit 1967 fortgeführt von
Grunsky, Wolfgang;
Leipold, Dieter,
Münzberg, Wolfgang,
Schlosser, Peter
Schumann, Ekkehard Kommentar zur ZPO,
19.Aufl.,
Tübingen 1964-1971
- Strack, Heinz Die Übergehung eines Beweisantritts
als Revisionsgrund im Zivilprozeß,
SJZ 1949, S. 830
- Stückrath, Werner Zur Frage des unzulässigen Aus-
forschungsbeweises in Unterhalts-
prozessen,
MDR 1950, S. 30

- Stürner, Rolf Statthaftigkeit und Beweisbedürftigkeit im Urkundenprozeß, NJW 1972, S.1257 f.
- Teplitzky, Otto Der Beweisanspruch im Zivilprozeß und seine Behandlung durch die Gerichte, JuS 1968, S. 71 f.
- ders. Der Beweisanspruch im Zivilprozeß, DRiZ 1970, S. 280 f.
- ders. Das Vaterschaftsgutachten in der neueren Rechtsprechung, NJW 1965, S.334
- Thomas-Putzo Zivilprozeßordnung mit GVG und den Einführungsgesetzen, 6.Aufl., München 1972
- Wach, Adolf Vorträge über die Reichs- Civilprozeßordnung, 2.Aufl., Bonn 1896
- Walther, Jürgen Der Beweisanspruch der nicht beweispflichtigen Partei, NJW 1972, S. 237
- Wassermeyer, Heinz Der prima facie Beweis und die benachbarten Erscheinungen. Eine Studie über die rechtliche Behandlung der Erfahrungssätze, Münster 1954
- von Weber, H. Die Prüfung von Amts wegen, ZZP Bd. 57, S. 91 f.
- Weber, Wolfram Zum Beweisanspruch der nicht beweispflichtigen Partei, NJW 1972, S. 896
- Welzel, Hans Die Wahrheitspflicht im Zivilprozeß, Berlin-Leipzig 1935
- Wendt, Otto Beweis und Beweismittel, AcP, Bd. 63 (1880), S. 254 f.
- Werner, Manfred Beweiswürdigung im Schadensersatzprozeß nach § 287 ZPO, Dissertation, Würzburg 1970
- Wessels, Johannes Die Aufklärungsrüge im Strafprozeß, JuS 1969, S. 1f.
- Wieczorek, Bernhard Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, Berlin 1957
- ders. Zivilprozeßordnung und GVG, Handausgabe, 2. Aufl., Berlin 1966
- Willms, Günther Wesen und Grenzen des Freibeweises, in: Ehrengabe für Bruno Heusinger, S. 393 f., München 1968
- Zeiss, Walter Zivilprozeßrecht, Tübingen 1971
- ders. Die arglistige Prozeßpartei, Berlin 1967
- Zöller, Richard Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 10. Aufl., München 1968

Der Beweis Antrag im Zivilprozeß

1. Kapitel

Die Bedeutung des Beweisantrages für die Feststellung des Sachverhalts.

A. Der Beweis Antrag als Mittel der Wahrheitsfindung.

Aufgabe jedes Prozesses ist es, den Einzelnen in seiner Rechtsstellung zu schützen und durch diesen Schutz die Rechtsordnung und den Rechtsfrieden zu wahren und zu bestätigen¹. Dieser Prozeßzweck kann nur erfüllt werden, wenn Sicherheit besteht, daß der festgestellte Sachverhalt, den der Richter unter die gesetzlichen Normen subsumiert, der Wahrheit entspricht².

Um die Übereinstimmung von Sachverhalt und objektiver Wahrheit zu gewährleisten, gestatten die Prozeßordnungen den Parteien und Beteiligten, Beweisanträge zu stellen.

Ein Beweis Antrag ist das Verlangen einer Prozeßpartei, das Gericht möge die Wahrheit einer von ihr behaupteten, vom Gegner bestrittenen Tatsache durch ein Beweismittel feststellen³.

-
- 1) Zur Funktion des Zivilprozesses: W. Bernhardt, Die Aufklärung des Sachverhalts im Zivilprozeß, in: Festgabe für Rosenberg, S. 9; Rummelspacher, Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozeß, S. 12 f.; Zur Berechtigung der Zweckbetrachtung: vgl. Gaul, Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses, AcP Bd. 168, 27 f.; Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht, S. 5 f.
 - 2) Zur Erforschung des Sachverhalts im Prozeß: Döhring, Die Erforschung des Sachverhalts im Prozeß, S. 1 f.; ders., Die Bedeutung der materiellen Wahrheit für das Prozeßverfahren, DRiZ 65, 367; Peters, Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise und Beweismittel im Zivilprozeß, ZZP Bd. 76, 145 f.; Lent, Die Verteilung der Verantwortung unter Gericht und Parteien im Zivilprozeß, ZZP, Bd. 63, 3 f.; Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, S. 354.
 - 3) Vgl. BGH St 6, 128; Sarstedt, Die Revision in Strafsachen, S. 183, 184; Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, S. 380; Adolf Schönke, Der Umfang der Beweisaufnahme im Zivilprozeß, in: Festgabe für Rosenberg, S. 215; Stein-Jonas-Pohle, § 284 Anm. II.

Durch die Beweiserhebung soll der Richter die Gewißheit¹ von der Wahrheit der unter Beweis gestellten Tatsache erhalten².

Wird dem Begehren stattgegeben und Beweis erhoben, so wird - auch bei ungünstigem Beweisergebnis - erreicht, daß der Einzelne sich " gerechter " behandelt fühlt, da seinen Vorstellungen nachgegangen wurde³.

Dazu kommt, daß die Feststellung der Wahrheit durch Anträge der Parteien gefördert wird, denn von den am Ausgang des Rechtsstreites interessierten und mit der Materie vertrauten Parteien gehen in aller Regel wertvolle Anstöße zur Wahrheitsfindung aus.

B. Die Kodifikation des Beweisantragsrechts im Zivil-, Verwaltungs- und Strafprozeß.

Der Bedeutung des Beweisantragsrechts wird nur im Strafprozeß gebührend Rechnung getragen: hier besteht in den §§ 244, 245 StPO eine gesetzliche Regelung. Die Kommentare behandeln das Beweisantragsrecht ausführlich und mit dem Werk von Alsberg (fortgeführt von Nüse), "Der Beweisantrag im Strafprozeß", das die gesetzliche Regelung inspiriert hat, ist eine monographische Darstellung anerkannten Ranges vorhanden.

Die Zivilprozeßordnung und die Verwaltungsprozeßordnung enthalten hingegen keine Bestimmung über die Zulässigkeit der Ablehnung von Beweisanträgen. § 282 ZPO legt lediglich fest, daß es den Parteien obliegt, den Beweis anzutreten. Gemäß § 86 VwGO ist das Gericht an die Beweisanträge der Beteiligten nicht gebunden, die Ablehnung eines Beweisantrages hat durch Gerichtsbeschluß zu erfolgen.

1) Vgl. Stein, Das private Wissen des Richters, S. 5; Grunsky, a.a.O., S. 387 f; Egon Schneider, Beweis- und Beweiswürdigung S. 10 f. Es ist also keine absolute Gewißheit zu fordern, denn die Schranken menschlichen Erkennens verhindern, daß ein Irrtum absolut ausgeschlossen ist: vgl. RG 15, 338 (9). Persönliche Gewißheit liegt vor, wenn kein vernünftiger, die Lebensverhältnisse klar überschauender Mensch noch zweifelt.

2) Vgl. BGHZ 53, 260; Blomeyer, LB, S. 329

3) Grunsky, a.a.O., S. 381 begründet mit dieser Erwägung die Beweiserhebungspflicht des Gerichts.

Die Kommentare und Lehrbücher zum Zivilprozeß beschränken sich auf eine - zum Teil recht knappe¹ - Darstellung der Leitsätze der Rechtsprechung. Ausführlicher beschäftigen sich aber Rosenberg-Schwab² und Stein-Jonas-Pohle³, insbesondere in der Neubearbeitung des § 284 durch Leipold, mit dem Beweisrecht.

In der Literatur finden sich nur wenige Aufsätze oder Abhandlungen über das Recht des Beweisantrags⁴. Ausführlicher behandelt wird nur das Teilproblem des sog. Ausforschungsbeweises⁵.

C. Die Bedeutung von Beweisanträgen im Zivilprozeß.

I. Beweisanträge der Parteien sind gerade im Zivilprozeß bedeutsam, da hier das Gericht zu Beweiserhebungen von Amts wegen nicht verpflichtet ist und es ihm durch § 282 ZPO sogar verboten ist, von Amts wegen einen Zeugenbeweis zu erheben. Die Bestimmung des § 282 ZPO, die sich aus der den Zivilprozeß überwiegend beherrschenden Verhandlungsmaxime erklärt, gilt zwar für den Beweisantritt mit sämtlichen Beweismitteln der ZPO, jedoch erlauben die §§ 142, 144, 448, 398 ZPO dem Ge-

1) So sind knapp gehalten: Thomas-Putzo, § 284, Anm. 3; Baumbach-Lauterbach, § 286, Anm. 3; Zöllner, § 284, Anm. 2; Blomeyer, LB, § 374/II; Bruns, LB, enthält nur allgemeine Ausführungen über das Beweisverfahren und spezielle zu den einzelnen Beweismitteln, §§ 33 f.; Schönke-Kuchinke, LB, § 59/III; Lent-Jauerning, LB, § 51/III; recht ausführlich hingegen, jedoch nicht auf dem neuesten Stand: Kommentar von Wieczorek, § 286, Anm. C.

2) Rosenberg-Schwab, LB, § 117, § 118.

3) Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl. neu bearbeitet von Grunsky, Leipold, Münzberg, Schlosser und Schumann.

4) Genannt seien: Schneider, Die Ablehnung von Beweisanträgen unter besonderer Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung, ZZP Bd. 75, 173 ff.; Schönke, Der Umfang der Beweisaufnahme im Zivilprozeßrecht, in: Festgabe für Rosenberg; Teplitzky, Der Beweisantrag im Zivilprozeß und seine Behandlung durch die Gerichte, JuS 1968 S. 71 f;

5) Siehe Angaben bei der Behandlung dieses Problems S. 208 dieser Arbeit.

richt, Augenschein, Sachverständigengutachten, Urkundenweis und wiederholte Zeugenvernehmung ohne Antrag der beweisbelasteten Partei anzuordnen.¹

Derartige Beweiserhebungen von Amts wegen können die Parteien nicht " beantragen", sondern nur " anregen ". Von einem " echten " Beweis Antrag kann nur gesprochen werden, wenn das Verfahrensrecht den Parteien ein Antragsrecht einräumt und sich die Parteien auf die zur Beweiserhebung verpflichtende Wirkung des Antrags berufen². Durch die " Anregung " weist die Partei das Gericht auf nach ihrer Ansicht mögliche Ermittlungen von Amts wegen hin³. Ist der Partei aber vom Gesetzgeber ein Antragsrecht zugestanden, so ist im Zweifel davon auszugehen, daß sie durch ihre Eingabe die Sachverhaltsaufklärung beantragen will. Denn das Gericht ist zur selbständigen Beweisanordnung zwar befugt, aber - mit Ausnahme des Sachverständigenbeweises - nicht verpflichtet. Es " kann " nach freiem, nicht nachprüfbarem Ermessen Beweis erheben⁴. Im Zivilprozeß obliegt es den Parteien, die Tatsachen vorzutragen und die Beweise anzubieten. Die Zulässigkeit eigener Ermittlungen durch das Gericht mildert zwar diese Last, beseitigt sie aber nicht⁵.

-
- 1) Mit der Beweiserhebung von Amts wegen befaßt sich die Monographie von Brüggemann, Judex statutor und judex investigator.
 - 2) Vgl. Bergerfurth, Der Zivilprozeß, TZ 341, 355.
 - 3) Vgl. Kleinknecht, StPO, § 244 Anm. 6; eine Anregung, im Rahmen der Aufklärungspflicht in bestimmter Richtung tätig zu werden.
 - 4) Vgl. Döhring, DRiZ 1965, S. 367 und in: Die Prüfung des Sachverhalts, S. 6.f.
 - 5) Mit der bereits erwähnten Ausnahme des Sachverständigenbeweises, vgl. BGH, VersR 1969, 615 (6).

Da beim Sachverständigenbeweis die Verpflichtung des Richters, auf Antrag Beweis zu erheben, mit seiner Pflicht, sich von Amts wegen das ihm unbekannte Erfahrungswissen zu verschaffen, korrespondiert, mag zweifelhaft sein, ob in dem Begehren, ein Sachverständigengutachten einzuholen, ein "echter" Beweis Antrag zu erblicken ist¹. Jedoch zeitigt der substantiierte Antrag nach § 403 ZPO über eine bloße Anregung hinausgehende Wirkungen. Er zwingt das Gericht zu prüfen, ob dem Antrag stattzugeben ist oder ob er nach den von der Rechtsprechung herausgearbeiteten Regeln abgelehnt werden kann. Die Ablehnung muß in den Urteilsgründen dargelegt werden. Durch eine bloße "Anregung" werden hingegen die von Amts wegen bestehenden Pflichten - d.h. die Darstellung des eigenen Sachwissens - nicht gesteigert.

Eine "Anregung" ist hingegen in dem Begehren der beweispflichtigen Partei zu erblicken, sie selbst gegen den Willen des Gegners als Partei zu vernehmen. Gemäß § 448 ZPO ist nur eine Vernehmung von Amts wegen möglich. Es steht im Ermessen des Gerichts, ob es eine Partei zum Beweis ihrer Behauptungen vernimmt². Die Partei kann das Gericht dazu nur "anregen"³. Auch ohne Anregung

1) So sprechen Thomas-Putzo, § 403; Baumbach-Lauterbach, § 403 Anm. 1; Stein-Jonas-Pohle, 18. Aufl., § 403; Rosenberg-Schwab, § 116 II 2; Bernhardt, LB, S. 238 dem "Antrag" keine selbständige Bedeutung zu. A.A. Bergerfurth, a.a.O., TZ 341, 355; Kerameus, Die Entwicklung des Sachverständigenbeweises im deutschen und griechischen Zivilprozeßrecht, S. 37.

2) Thomas-Putzo, § 448, Anm. 2

3) OGHZ 1, 226 = NJW 1949, 146; BGH LM § 448 Nr. 2; Teplitzky, Der Beweis Antrag im Zivilprozeß, DRiZ 1970, 280 (2)

muß das Gericht erwägen, ob es von der Befugnis, nach § 448 ZPO zu verfahren, Gebrauch macht¹.

Bei der Sachverhaltsaufklärung durch Beweiserhebungen von Amts wegen ist ferner zu beachten, daß das Beweis-thema von den Parteien vorgetragen sein muß. Denn aus dem Verhandlungsgrundsatz folgt, daß sie die tatsächlichen Behauptungen aufstellen müssen².

Von der Beweiserhebung von Amts wegen ist die informative Unterrichtung des Gerichts über den Sach- und Streitstand zu unterscheiden³. Die §§ 141, 143, 272 b ZPO ermöglichen dem Gericht, den Sachverhalt zur Vorbereitung der Verhandlung aufzuhellen⁴. Dieses informative Tätigwerden darf keine Beweiserhebung sein⁵. Es ist eine Maßnahme der Prozeßleitung, die im

1) Thomas-Putzo, § 448, Anm. 2 ; RG 144, 321

2) Brüggemann, a.a.O., S. 355; Dunz, Der unzulässige forschungsbeweis, NJW 1956, S. 769;
a.A. Riedel, Vom zulässigen und unzulässigen Ausforschungsbeweis, NJW 1956, S. 7.

3) Dazu insbesondere: Brüggemann, a.a.O., S. 353, 355, 373 f. Weiter: Nagel, Grundzüge des europäischen Beweisrechts, S. 302 f.; BayVGh, BayVbl. 1971, S. 314.

4) Zum Umfang dieser Sachaufklärung: BGH, NJW 1971, S. 1564.

5) BGH, VersR 62, S. 281, LM § 286 (B) Nr. 10.

Rahmen der durch § 139 ZPO angeordneten Aufklärungs- und Hinweispflicht zu verstehen ist. Daraus ergibt sich, daß die Ergebnisse dieses informativen Tätigwerdens keinen "Beweisstoff", sondern nur Klarstellungen des tatsächlichen Vorbringens der Parteien, also "Streitstoff"¹, darstellen.

Diesen Unterschied zwischen Streitstoff und Beweisstoff hat der Tatrichter bei seiner Würdigung zu erkennen. Zwar berechtigt § 286 ZPO sowohl zur freien Würdigung der erhobenen Beweise als auch des gesamten Inhalts der Verhandlung. Der Richter kann daher ebenso wie jedem Parteivortrag den bei der Anhörung gemachten Angaben folgen². Jedoch muß er bei der Begründung seiner Überzeugung darlegen, daß die durch die informatorische Tätigkeit festgestellten Tatsachen Streitstoff sind und nicht durch eine Beweisaufnahme auf ihren Beweiswert geprüft und gewürdigt werden konnten. Eine Prüfung durch Beweiserhebung ist daher im Falle des Bestreitens für eine sachgerechte Würdigung unabdingbar³.

Der Unterschied zwischen Beweiserhebung und Aufklärung des Sach- und Streitstandes wird am Beispiel der Anhörung der Partei gemäß § 141 ZPO und der Parteivernehmung nach § 448 ZPO deutlich:

Die Anhörung der Partei soll Unklarheiten und Lücken im Parteivortrag beseitigen und klären, was die Parteien vorbringen wollen. Die Parteien geben Prozeß-erklärungen ab. Diese sind als Parteivorbringen und

1) Thomas-Putzo, § 141, Anm. 1 a u. vor § 445 Anm. 1, Rosenberg-Schwab, § 62 II 4, § 78 II 3; BGH, LM § 286 (B) Nr. 10 ZPO. Vgl. auch BayVGH, BayVBl 71, 198 und 71, 314.

2) BGH, FamRZ 68, S. 244; LM § 286 (B) Nr. 4, 10 ZPO. Vgl. auch Schneider, Beweis und Beweiswürdigung, S. 8, 9, 19 f.

3) BGH, LM § 286 (B) Nr. 10 ZPO; VersR 62, 281.

nicht als eine unter den Sicherungen des Beweisrechts abgegebene Parteivernehmung zu werten. Der BGH¹ hat es als Verkennung des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung bezeichnet, wenn ein Berufungsgericht den bei einer Anhörung gemachten Angaben entgegen den Darlegungen des Urteils erster Instanz folgt, ohne den Weg der Parteivernehmung zu wählen.

Bei der Parteivernehmung wird eine in ihrem Sinngehalt feststehende strittige² Behauptung auf ihren Wahrheitsgehalt geprüft. Das Verfahren der Parteivernehmung ist dementsprechend ausgestaltet: die Parteien werden zur wahrheitsgemäßen Aussage ermahnt, auf eine mögliche Beeidigung nach § 391, 452 ZPO und auf die strafrechtlichen Folgen falscher Aussagen hingewiesen.

Da es sich bei der Aufklärung des Sach- und Streitstandes um keine Beweiserhebung handelt, besteht keine Protokollierpflicht gemäß §§ 160, 161 ZPO. Jedoch ist es geboten, die Parteiangaben im Zusammenhang festzuhalten, sei es im Protokoll, im Tatbestand des Urteils oder in einem den Parteien zugänglich gemachten Vermerk des Berichterstatters. Dies ist erforderlich, damit das Revisionsgericht nachprüfen kann, ob eine erschöpfende Würdigung und nicht eine unzulässige Verwertung als Beweis vorliegt³.

1) BGH, LM § 286 (B) Nr. 10 ZPO.

2) Darauf weist der BayVGH in BayVB1 71, 314 hin: das Gericht will sich ein eigenes Urteil über streitige Tatsachen bilden.

3) BGH, VersR 62, 281; 61, 425; NJW 64, 100; FamRZ 68, 244; LM § 141 Nr. 1, 2 ZPO.

II. Auch bei der Feststellung der Prozeßvoraussetzungen sind Beweisanträge bedeutsam. Das Gericht ist hier nur zur Prüfung von Amts wegen befugt.

Die "Prüfung von Amts wegen " bedeutet nicht Geltung der Untersuchungsmaxime¹. Die Parteien bleiben vielmehr für die Aufklärung des Sachverhalts verantwortlich. Jedoch ist den Parteien die Dispositionsbefugnis entzogen. Das Gericht kann die der Prüfung von Amts wegen unterliegenden Tatsachen ohne Rücksicht auf die Meinung der Parteien über ihre Feststellungsbedürftigkeit aufklären (gemäß §§ 144, 272 b ZPO). Es ist jedoch verpflichtet, in besonderem Maße gemäß § 139 ZPO zu Beweisantritten anzuregen².

Welche Tätigkeit die Prüfung von Amts wegen vom Richter fordert, sei an folgendem Beispiel aus der Rechtsprechung dargestellt³:

Der Kläger verlangte Zahlung aus einem Wechsel. Der Beklagte erhob den Einwand der Rechtshängigkeit: der Anspruch sei bereits Gegenstand der bei dem Landgericht in St. anhängigen Widerklage.

Obgleich das Reichsgericht die " anderweitige Rechtshängigkeit " als von Amts wegen zu prüfende Prozeßvoraus-

1) Baumbach-Lauterbach, § 56, Anm. 1 B; RGZ 160, 346; BAG, NJW 58, 1699; BGH, NJW 62, 1510; Bernhardt, Prüfung des Sachverhalts, S. 37; Rosenberg-Schwab, § 97 V 2; Wieczorek, § 274 A I a 2; Thomas-Putzo, vor § 253 Anm. III A; Lent, Wahrheitspflicht, S. 32; a.A. von Weber, ZJP 57, S. 91 f.: Der Begriff "von Amts wegen" enthalte eine Antithese zum Parteiantrag, die Prüfung von Amts wegen sei daher grundsätzlich von der Untersuchungsmaxime beherrscht, da die Vorschriften über die Zulässigkeit in aller Regel als zwingend bezeichnet werden müßten.

2) RGZ 160, 346.

3) RGZ 160, 346.

setzung ansah¹; hielt es den Beklagten für den Nachweis verantwortlich. Denn nach seiner Meinung bürde § 274 Abs. 2 Nr. 4 ZPO dem Beklagten den Beweis der anderweitigen Rechtshängigkeit auf.

Diese Ansicht des Reichsgerichts widerspricht der Regel, daß die Beweislast für Prozeßvoraussetzungen grundsätzlich die Partei, die das Sachurteil erstrebt, - also den Kläger - trifft². § 274 ZPO enthält unter der unpassenden Bezeichnung "prozeßhindernde Einreden" sowohl nur auf Rüge zu beachtende Prozeßhindernisse als auch von Amts wegen zu berücksichtigende Prozeßvoraussetzungen. Durch die Aufnahme der "anderweitigen Rechtshängigkeit" in den Katalog des § 274 Abs. 2 ZPO wird die Beweislast nicht dem Beklagten auferlegt, denn die Beweislast knüpft an die Behauptungslast und diese liegt - da es sich um eine Prozeßvoraussetzung handelt - beim Kläger. Aus "praktischen Gründen" die "anderweitige Rechtshängigkeit" einer prozeßhindernden Einrede gleichzusetzen - wie dies Thomas-Putzo tun⁴ -, besteht kein Anlaß. Es ist Kläger und Beklagtem in gleicher Weise möglich, Beweis über den Streitgegenstand eines anderen zwischen ihnen anhängigen Verfahrens zu führen. Bestehen - wie in dem Beispiel - Schwierigkeiten in der Beweisführung, so treffen diese beide Parteien. Kann aber der Beweis einer Prozeßvoraussetzung nicht erbracht werden, ist es sachgerecht, dies der Partei anzulasten, die das Sachurteil erstrebt.

Mag auch der Ausgangspunkt der Reichsgerichtsentscheidung somit zweifelhaft sein, so bleibt doch die weitere Aussage des Urteils von Bedeutung. Das Reichsgericht ging davon aus, daß der Beweisbelastete - nach der Ansicht des Reichsgerichts also der Beklagte - die zur Aufklärung notwendigen Anregungen erbringen werde. Da die Akten bei dem genannten Landgericht aus dem Urteil nicht zu entnehmenden Gründen vernichtet waren und auch die vorgelegten Urkunden den Beweis der "anderweitigen Rechtshängigkeit" nicht erbrachten, war gegen den Beweisbelasteten zu entscheiden. Zu eigenen Ermittlungen von Amts wegen - wie zur Wiederherstellung der Handakten der Rechtsanwälte - sah das Reichsgericht keine Verpflichtung.

-
- 1) Dies entspricht der heute allgemeinen Meinung: vgl. Rosenberg-Schwab, § 97 II 3 b und § 101 III; Stein-Jonas-Pohle, § 274 Anm. I 3 a; Thomas-Putzo, § 274 Anm. 1 (wenngleich er bei § 263 Anm. 3 von einem Prozeßhindernis spricht).
 - 2) So Stein-Jonas-Pohle, § 274 Anm. I 4; Rosenberg-Schwab, § 97 V 2; a.A. für die "negativen Prozeßvoraussetzungen": Rosenberg, Beweislast, S. 391.
 - 3) vgl. Rosenberg-Schwab, § 97, VI 2; Thomas-Putzo, § 274 Anm. 1.
 - 4) Thomas-Putzo, vor § 253 Anm. III A.

Auch wenn keine Partei das Fehlen einer Prozeßvoraussetzung rügt, das Gericht aber zweifelt, ob diese vorliegt, so bleiben die Parteien für den Nachweis der Prozeßvoraussetzung verantwortlich. Das Gericht kann in diesen Fällen jedoch die für die Unzulässigkeit sprechenden Tatsachen durch einen Hinweis einführen und beweisbedürftig machen¹!

Ein Minderjähriger erhebt Klage, ohne gesetzlich vertreten zu sein. Der Gegner ahnt nichts von der Minderjährigkeit, da er glaubt, das Geschäft mit einem Volljährigen abgeschlossen zu haben. Das Gericht hat jedoch Bedenken, ob der Kläger prozeßfähig ist. Es weist den Kläger auf seine Zweifel hin und gibt ihm gemäß § 272 b/II 1 ZPO auf, eine Geburtsurkunde vorzulegen. Dieser bietet jedoch keinen Beweis an. Das Gericht kann die Klage nun als unzulässig abweisen, weil die Möglichkeit, daß die Prozeßfähigkeit fehlt, nicht widerlegt ist².

Auch die Prüfung von Amts wegen verpflichtet das Gericht nicht, ohne Antrag zur Erforschung der Wahrheit gemäß §§ 144, 272 b ZPO tätig zu werden. Die Beweisführung bleibt grundsätzlich Aufgabe der Parteien³.

1) Vgl. Grunsky, a.a.O., S. 366.

2) Vgl. Zur Ablehnung wegen Unklarheit über die Prozeßfähigkeit: Stein-Jonas-Pohle, vor § 128 Anm. VII 3 b; BAG, AP § 104, Nr. 1 BGB; Rosenberg, Beweislast, S. 392. Zur Beweislast für die Prozeßfähigkeit: Den Kläger trifft die Beweislast, da er ein Sachurteil erstrebt. Deshalb obläge auch der Beweis der Volljährigkeit des Beklagten dem Kläger. A.M. allerdings Stein-Jonas-Pohle, § 56 II 3; Leipold, Beweislastregeln, S. 107 ff. Zur Zulässigkeit einer Entscheidung nach der Beweislast: Leipold, a.a.O., S. 122.

3) Stein-Jonas-Pohle, § 56 Anm. II 3. Die Ausführungen bei Stein-Jonas-Pohle, Vorbem. VII 3 d vor § 128 sind ebenfalls in diesem Sinn aufzufassen. Es ist nicht anzunehmen, daß dem Gericht hier ein allgemeines Recht zu Beweiserhebungen zugesprochen werden soll. Zudem stützt die zitierte Entscheidung (BGH, NJW 1951, 441) die Berechtigung zur Beweiserhebung auf die Geltung des Freibeweisverfahrens.

Wenn die heute herrschende¹, jedoch zunehmend bekämpfte² Meinung annimmt, für die Feststellung der Prozeßvoraussetzungen und der von Amts wegen zu prüfenden Tatsachen gelte der Freibeweis, so ermächtigt dies das Gericht nach freiem Ermessen Nachforschungen ohne Bindung an die Vorschriften der ZPO über das Beweisverfahren³ und die Beweismittel durchzuführen, insbesondere die amtliche Auskunft als Beweismittel zu verwenden⁴.

-
- 1) Thomas-Putzo, vor § 253 III A u. 282 Anm. 1 c; Baumbach-Lauterbach, Einführung zu §§ 282- 284, Anm. 2 B; Schönke-Kuchinke, LB, § 63; Sauer, Allgemeine Prozeßlehre, S. 196, 197; BGH, VersR 68, S. 309. Ferner gilt der Freibeweis nach h.M. im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit: vgl. Richter, Strengbeweis und Freibeweis im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Der dt. Rechtspfleger 1969, 261 (263); Fritz Baur, Zum sog. Freibeweis im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in: Festschrift für Hans Schima, S. 59 f.; Jansen, FGG, § 12 Anm. 39 f.; Keidel, FGG, Anm. 29 f.
 - 2) Peters, Freibeweis, S. 191 f.; ihm folgend: Stein-Jonas-Pohle, Vorb. III vor § 355: Für alle Tatsachen, die den Ausgang eines Rechtsstreits beeinflussen können, dürfe von den Grundsätzen des normalen Beweisverfahrens nicht abgewichen werden; ebenso: Rosenberg-Schwab, LB, § 78 IV 2 c, § 113 II 3; Grunsky, a.a.O., S. 379; dagegen auch Rimmelpacher, a.a.O., S. 39, 174, da praktisch der Untersuchungsgrundsatz eingeführt werde.
 - 3) Insbes. sei das Gericht nicht an die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme (§ 355 ZPO) und die Parteiöffentlichkeit (§ 357 ZPO) gebunden.
 - 4) Während § 272 b ZPO sie nur zur Aufklärung des Sach- und Streitstands vorsieht.

So könnte das Gericht in dem genannten Beispiel die Rechtshängigkeit durch eine Anfrage an das Landgericht klären, mit der es sich über Anhängigkeit und Streitgegenstand des Verfahrens erkundigt.

Auch bei dieser erweiterten Berechtigung zur Nachforschung bleibt die Bedeutung des Antragsrechts der Parteien schon deshalb erhalten, weil dem Gericht damit nur weitere Aufklärungsmöglichkeiten offenstehen und die Parteien für den Beweis verantwortlich bleiben. Selbst wenn das Freibeweisverfahren eine erleichterte Ablehnung von Beweisanträgen zulassen sollte¹, so beeinflusst dies nicht das Beweisantragsrecht². Erweiterte Ablehnungsmöglichkeiten kennt die ZPO auch in anderen Fällen, z.B. bei § 398, § 287 und bei den Anträgen auf ein Sachverständigengutachten. Dennoch kann der Beweis-antrag auch in diesen Fällen das Gericht zur Beweis-erhebung verpflichten.

Bei der Prüfung der Prozeßvoraussetzungen hat das Gericht daher zwar verstärkte Möglichkeiten eigener Sach-aufklärung, jedoch bleibt es Aufgabe der Parteien, zur Feststellung der tatsächlichen Grundlagen der Entscheidung Beweisanträge zu stellen³.

-
- 1) Dieser Frage wird im 4. Kapitel nachzugehen sein . Siehe S. 176 dieser Arbeit.
 - 2) Anders jedoch Willms, Wesen und Grenzen des Freibeweises, in: Ehrengabe für Heusinger, S. 387; BAG, NJW 58, S. 1698 und die bei Peters, S. 60 zitierte RG-St-Entscheidung, die nur von einer Anregung sprechen; differenzierender Alsberg-Nüse, a.a.O., S. 478.
 - 3) Lent, Wahrheitspflicht, S. 32; Peters, Freibeweis, S. 60.

III. In Verfahren mit Untersuchungsgrundsatz - also im Zivilprozeß, im Entmündigungsverfahren (§§ 654, 670/I ZPO), im Statusverfahren (§ 640 ZPO) und im Eheprozeß (insoweit, als das öffentliche Interesse betroffen ist: § 622 ZPO), ferner im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, im Straf- und im Verwaltungsprozeß - obliegt dem Gericht die Pflicht, den Sachverhalt ohne Rücksicht auf den Vortrag der "Beteiligten" zu erforschen. Zur Ermittlung des Sachverhalts werden jedoch die Beteiligten, Parteien und Angeklagten herangezogen. Nur ist das Gericht nicht an Beweisanträge gebunden, es kann ungeachtet von Anträgen Beweis erheben.¹ Dadurch erfüllt es die richterliche Aufklärungs- und Erforschungspflicht.

Für die Bedeutung des Antragsrechts ist entscheidend, wieweit die Verpflichtung des Gerichts zur Beweiserhebung von Amts wegen reicht. Wenn das Gericht auch ohne Beweisantrag allen denkbaren Möglichkeiten nachzugehen hat, so würde ein Beweisantrag den "Beteiligten" keinen Vorteil einbringen. Die Frage nach dem Umfang der Verpflichtung des Gerichts zur Beweiserhebung von Amts wegen stellt sich insbesondere, wenn der Sachverhalt bereits weitgehend aufgeklärt ist, wie in folgendem Beispiel:²

Der als Vater des unehelichen Kindes bezeichnete Mann gibt die Beiwohnung innerhalb der Empfängniszeit zu. Er war zu dieser Zeit mit der Mutter des Kindes verlobt. Die Mutter sagt bei ihrer Vernehmung glaubwürdig aus, sie habe intime Beziehungen nur zu diesem Mann unterhalten. Nach dem Blutgruppengutachten kommt der Beklagte als Vater in Betracht. Er wendet aber ein, die Mutter des Kindes habe zur Zeit ihrer intimen Beziehungen noch mit einem anderen Mann verkehrt. Das Kind stamme nicht von ihm ab.

1) Eyermann-Fröhler, § 86, Rdn. 3.

2) Ähnlich ist der Sachverhalt der Entscheidung des OLG Celle, FamRZ 1971, S.315 f. Obwohl hier beantragt wurde, ein erbbiologisches Gutachten einzuholen, verneinte das Gericht eine Pflicht, diesem Ansinnen stattzugeben.

Hat das Gericht auf dieses Vorbringen ein erbbiologisches Gutachten zu erheben¹⁾?

Um diese Frage zu beantworten, soll an das Verständnis der Untersuchungspflicht im Verwaltungs- und Strafprozeß angeknüpft werden²⁾, da dort dem Umfang der Aufklärungspflicht des Gerichts mehr Beachtung geschenkt wird als im Zivilprozeß:

Im Verwaltungsprozeß erachten Rechtsprechung und Literatur³⁾ das Gericht nur dann als verpflichtet, den Sachverhalt unter jedem denkbaren Aspekt zu überprüfen, wenn die Beteiligten das Gericht auf nach ihrer Ansicht erfolgversprechende weitere Aufklärungsmöglichkeiten aufmerksam machen. Nehmen sie hingegen ihr Recht, an der Ermittlung des Sachverhalts durch Beweisanträge oder Anregungen mitzuwirken, nicht wahr, so habe das Gericht von sich aus nur dann Beweis zu erheben, wenn sich ihm weitere Beweismittel "aufdrängen".

So hat das BVerwG⁴⁾ in einem Rechtsstreit um die Beschränkung des Zugangs zum Vorbereitungsdienst für den höheren Forstdienst die Rüge des beklagten bayerischen Staats, das Gericht habe über das Bestehen des von ihm angenommenen Berufsbildes einen Sachverständigen hören müssen, zurückgewiesen. Angesichts des Fachwissens der Beamten der Ministerialforstabteilung habe das Berufungsgericht davon ausgehen können, daß der Beklagte, wenn er eine weitere Sachaufklärung für notwendig halte, einen spezialisierten Sachvortrag unterbreite, durch den das Gericht in die Lage versetzt würde, weitere Ermittlungen anzustellen.

1) Vgl. OLG Schleswig, FamRZ 65, 88 (9).

2) Brüggemann, a.a.O., S. 447 will die gleichen Grundsätze wie im Strafprozeß anwenden.

3) BVerwG, NJW 64, S. 786; NJW 59, S. 1134; BVerwE 16, S. 241 (4, 5); DöV 65, S. 555; Maetzel, Beweislast und Beweis-erhebung im Verwaltungsprozeß, DöV 66, 521; Buss, Beweislast und Beweiswürdigung im Verw.prozeß, DRiZ 66, S. 291 f. (292); Buss, Häufige Fehler bei Verfahrens-rügen im Revisionsverfahren vor dem Bundessozialgericht, NJW 66, 915 f. (917); Redeker, Beweislast und Beweis-würdigung im Zivil- und Verwaltungsprozeß, NJW 66, 1777 (9); dazu kritisch: Grunsky, a.a.O., S. 364, 365.

4) BVerwGE 16, 241 (5).

Im Strafprozeß wird die Aufklärungspflicht des Gerichts wegen des drohenden Eingriffs in Freiheit und Ehre nicht durch mangelndes Interesse des Angeklagten gemindert. Ungenügende prozessuale Mitwirkung beschränkt die Untersuchungspflicht des Gerichts nur, wenn dem Gericht dadurch die zur weiteren Aufklärung notwendige Kenntnis von Beweismitteln fehlt. Hat das Gericht keine Kenntnis von weiteren Aufklärungsmöglichkeiten, so kann es auch nicht verpflichtet sein, Beweis zu erheben¹.

In dem als Zweiparteienprozeß ausgestalteten Ehe- und Statusverfahren und in der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist die Interessenlage der Parteien mit derjenigen der Beteiligten im Verwaltungsprozeß vergleichbar. In beiden Verfahren gilt der Grundsatz des "in dubio pro reo" nicht. Die Nichtaufklärbarkeit einer Tatsache wird einer der beiden Parteien zugerechnet. Da diese Partei an der Aufklärung des Sachverhalts besonders interessiert sein wird, ist es auch im Bereich des Untersuchungsgrundsatzes gerechtfertigt, sie bei der Sachverhaltsermittlung mitverantwortlich heranzuziehen.

Die Verantwortlichkeit von Gericht und Partei ist daher folgendermaßen gegeneinander abzugrenzen: Das Gericht darf die Ermittlungen abschließen, wenn es den Sachverhalt für so vollständig aufgeklärt erachtet, daß nach seiner Ansicht weitere Beweisaufnahmen das Ergebnis nicht mehr beeinflussen². Steht die beweisbelastete Partei dem Sachverhalt näher, so darf das Gericht davon ausgehen, daß diese eine noch mögliche Aufklärung ihr vorteilhafter Tatsachen durch Beweisanträge fordern würde³. Nur wenn

-
- 1) Darauf weist Wessels, Die Aufklärungsrüge im Strafprozeß, JuS 69, 1 f., S. 4, 6 hin. Dies entspricht auch der dort zitierten Auffassung (S.6) des BGHSt: a.A.: Sarstedt, Die Revision in Strafsachen, S. 169: Die Pflicht des Richters, beantragte Beweise zu erheben, gehe grundsätzlich weiter als seine Pflicht, Beweise von Amts wegen zu erheben. Was sich dem Verteidiger nicht aufdränge, brauche sich dem Richter erst recht nicht aufzudrängen.
 - 2) BayObLG 1956, 384; Keidel, FGG, § 12 Anm. 53; Jansen, FGG, § 12 Anm. 74; Brüggemann, a.a.O., S. 448.
 - 3) BayObLG Z 1959, 264, 269; BGH, WM 1958, S. 1253 (4); WM 1961, 127 (8); Keidel, § 12 Anm. 54.

die Umstände das Gericht zur weiteren Aufklärung drängen und dem Gericht auch Beweismittel ersichtlich sind¹, ist es zur Beweisanordnung auch ohne Beweisantrag verpflichtet. In allen anderen Fällen besteht kein Anlaß, die Nachlässigkeit der Partei durch gerichtlichen Einsatz auszugleichen. Das Gericht "kann" zwar ermitteln, muß aber nicht².

Wendet man diese Überlegungen auf das Beispiel der bestrittenen Vaterschaft an, so ist das Gericht nicht verpflichtet, auf die bloße Behauptung des Mehrverkehrs hin ein erbbiologisches Gutachten einzuholen. Der mit dem Sachverhalt vertraute Mann trägt keine Fakten vor, die das Gericht zur weiteren Sachaufklärung drängen mußten. Das Gericht ist auch im Statusverfahren nicht verpflichtet, jeden nur denkbaren Beweis zu erheben³.

Zusammenfassend ist festzustellen: Die Parteien können in jedem Verfahren Beweisanträge stellen. Nur wenn sie die Beweiserhebung beantragen, haben sie die Gewähr, daß ihre Vorstellungen über den Sachverhalt nachgeprüft werden. Daher tut jeder Beteiligte, jede Partei und jeder Angeklagte gut, an der Sachverhaltsermittlung durch Beweisanträge mitzuwirken⁴.

-
- 1) Nichtssagende Erklärungen reichen dazu nicht:
LG Verden, Der Betrieb 1961, S.673
 - 2) Vgl. OLG Schleswig, FamRZ 1965,88(9): Für den Umfang der Ermittlungen und damit der Beweisaufnahme steht dem Gericht ein Ermessensspielraum zu. Das Gericht hat nicht die Pflicht, alle nur denkbaren Beweise zu erheben, die vielleicht eine Klärung des Sachverhalts erbringen und der Klage zum Erfolg verhelfen können. Es kann solche Beweise erheben, muß es aber nicht.
So auch Teplitzky, Der Beweisantrag im Zivilprozeß, DRiZ 1970, S.280, Anm.2
 - 3) Dies gilt auch nach dem neuen Nichtehechengesetz, denn die Tendenz der Reform, die Ermittlung des biologischen Vaters zu fördern, findet allein in der Verfahrensart ihren Niederschlag: vgl. S. 223 f.
 - 4) Vgl. Bergerfurth, Der Zivilprozeß, Tz.124;
für den Strafprozeß: Sarstedt, Die Revision in Strafsachen, S.169

D. Der Beweisanspruch als Last der Parteien

Dennoch kann man es nicht als eine "Pflicht der Parteien bezeichnen, Beweise anzubieten. Es ist "ausdiskutiert"¹, daß der Beibringungsgrundsatz und die Bestimmung des § 282 ZPO den Parteien keine Pflichten auferlegen. Von einer prozessualen "Pflicht" könnte man nur in dem Sinne sprechen, daß eine Partei eine Prozeßhandlung vornehmen "muß", wenn sie das Entstehen einer ihr ungünstigen Prozeßlage vermeiden will. Dies bezeichnet man, seit James Goldschmidt² dies klargestellt hat, korrekterweise als "Pflicht gegen sich selbst" oder besser als "Last".

Den Parteien obliegt daher die "Last", den Tatsachen- und Beweisstoff vorzutragen und Beweise anzutreten.

E. Beweisansprüche und § 139 ZPO

Nimmt eine Partei die Befugnis, einen Beweisanspruch zu stellen nicht wahr, so kann das Gericht gemäß § 139 ZPO die Partei dazu auffordern und auf die drohenden Nachteile hinweisen.

Die Rechtsprechung verpflichtet das Gericht aber nicht, nach einer Beweisaufnahme die Parteien aufzuklären, wie es das Ergebnis der Beweisaufnahme und damit die Notwendigkeit neuer Beweise beurteilt³. Dem ist zuzustimmen,

1) J. Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage, S. 387, 388; Eb. Schmidt, I, S. 74; Niese, Doppelfunktionale Prozeßhandlungen, S. 24; Lent, Zur Unterscheidung von Lasten und Pflichten der Parteien im Zivilprozeß, ZZP 67, 344.

2) J. Goldschmidt, a.a.O., S. 387, 388.

3) BGH, VersR 62, S. 1149; 61, S. 67 (8); 55, S. 516 (7); 70, 375 (6); zustimmend: E. Schneider, Die richterliche Aufklärungspflicht (§ 139 ZPO), MDR 1968, 721 f., 725. a.A. Schima, Psychologische Erwägungen zum Prozeßrecht, in Festschrift für Böttcher, S. 277: Die Parteien haben ein Recht, die Ergebnisse der Beweisaufnahme zu besprechen. Dann fährt er jedoch einschränkend fort: "jedenfalls" dürfen die Parteien Stellung nehmen.

Beachte jedoch: will das Gericht von einem bisher nicht behaupteten Sachverhalt ausgehen, so muß es die Parteien darauf hinweisen; vgl. OLG Köln, VersR 69, 383; Gleiches gilt, wenn das Gericht von einem Sachverständigengutachten abweichen will: BAG, AP § 104 Nr. 1 BGB.

denn § 139 ZPO soll die Parteien nicht davon entlasten, von sich aus alles zur Begründung ihrer Klage Erforderliche vorzutragen und unter Beweis zu stellen¹. Die Parteien müssen selbst entscheiden, welche Tatsachen für den Klageerfolg zu beweisen sind. Dies gebietet der Verhandlungsgrundsatz, der den Parteien diese Verantwortung auferlegt².

Können die Parteien somit zwar nicht rechnen, auf die Notwendigkeit weiterer Beweise hingewiesen zu werden, so ist das Gericht doch verpflichtet, von den Befugnissen des § 139 ZPO Gebrauch zu machen, wenn die Partei ihrer Aufgabe zum Vortrag und Beweis der ihr günstigen Tatsachen nachkommt, dies aber im konkreten Fall unvollkommen tut³. § 139 ZPO soll dazu dienen, dem Willen der Partei die richtige Form zu geben, nicht aber den Willen der Partei zu ersetzen⁴.

-
- 1) Vgl. BGH VersR 60, 663 (5); ferner Nagel, a.a.O., S. 42 a.A.: Henckel, Die Verantwortung der Verfahrensbeteiligten für die Beschleunigung des Zivilprozesses, S.208, 210: Das Gericht habe aus seiner Verantwortung für die Rechtsanwendung auf die Tatsachen, auf die es ankommt, hinzuweisen, S. 207: Das Gericht trage die Verantwortung für die Beibringung des Sachverhalts und der Beweise.
aber: § 139 ZPO kann die Verhandlungsmaxime nicht aushöhlen. Grenze des § 139 ZPO muß die Verantwortung der Parteien für die Beibringung des Prozeßstoffes sein. Diesen Gedanken erkennt auch Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht, S. 130 an, wenn er schreibt: Diese Widersprüche in der Auslegung des § 139 ZPO lassen sich nur beheben, wenn man den Verantwortungsbereich des Gerichts und der Parteien richtig abgrenzt. Bei der Sachaufklärung geschieht dies aber über die Verhandlungsmaxime.
 - 2) So auch Stein-Jonas-Pohle, § 139, Anm. II 1 c, a.A. jedoch Henckel: Prozeßrecht und materielles Recht, S. 129. Henckel führt aus, hier müsse die Dispositionsmaxime gemeint sein. Durch Hinweise wird jedoch die Dispositionsbefugnis nicht berührt, sondern die Verantwortung der Parteien für den entscheidungserheblichen Vortrag beschnitten. Sein Vorschlag, den Anwendungsbereich des § 139 ZPO danach zu begrenzen, inwieweit das Gesetz den Parteien das Risiko eines falschen Antrags abnehmen will, ist mangels gesetzlicher Hinweise unerheblich.
 - 3) So z.B. Stein-Jonas-Pohle, § 139 Anm. II 2; Thomas-Putzo § 139 Anm. 2; Nagel a.a.O., S. 41; Kuchinke, Die vorbereitende richterliche Sachaufklärung (Hinweispflicht) JuS 67, 295 (8); zu verallgemeinernd: Rosenberg-Schwab § 78 II 3 a: Es bestehe eine generelle Aufklärungspflicht. Die zum Beleg aufgeführte RG-Entscheidung, ZZP Bd. 59, 310, besagt dies nicht.
 - 4) Vgl. Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht, S.128.

Dies bedeutet:

Hat die beweispflichtige Partei einen Beweisantrag gestellt, war dieser jedoch lückenhaft oder wenig sachdienlich formuliert, so will die Partei ihrer Obliegenheit nachkommen, die ihr günstigen Tatsachen zu beweisen. Das Gericht hat daher bei unvollständigen, unsubstantiierten oder wenig sachdienlichen Anträgen auf Ergänzung und Klarstellung hinzuwirken¹.

Ist das Begehren einer Partei aus ihrem Vortrag zu entnehmen, so muß das Gericht auch bei Vertretung durch einen Rechtsanwalt auf den sachgerechten Antrag hinweisen². Denn von den Befugnissen des § 139 ZPO ist Gebrauch zu machen, wenn das Gericht erkennen kann, daß ein Prozeßverhalten nicht sachdienlich oder unklar ist³. Bei Vertretung durch

-
- 1) BGH, VersR 62, 626; OLG Stuttgart, ZZP 68, 94; BAG, Rda 71, 254; Stein-Jonas-Pohle, § 139 Anm. II 2; Thomas-Putzo, § 139 Anm. 2. So hat der BGH in den Entscheidungen VersR 70, 256 (8) und 258 (9) das Gericht verpflichtet, der Partei Auflagen zu machen, wenn ihm die von der Partei beigebrachten Unterlagen und Behauptungen nicht ausreichen. Aber in der Rspr. wird z.T. auch die Ansicht vertreten, die Verantwortung der Partei erschöpfe sich nicht in dem Vorbringen allgemeiner Behauptungen. Die Verantwortung für eine sachgerechte Prozeßführung erfülle die Partei nur durch substantiierte Behauptungen und Beweisanträge. Es bestehe daher auch in den Fällen ungenügend substantiierter Anträge keine Aufklärungspflicht:
So BGH, VersR 63, 858 (860); 63, 1177 (80); 61, 423(4). Auch E. Schneider, die richterliche Aufklärungspflicht (§ 139 ZPO), MDR 1968, 721, stellt die unterschiedliche Auslegung und Anwendung durch die Gerichte heraus.
 - 2) Henckel, Die Verantwortung der Verfahrensbeteiligten, S. 210, 211; Schneider, MDR 68, 721 f: unklar erscheine der in der Rechtsprechung zu findende Satz, die Belehrungspflicht sei gemindert, wenn eine Partei durch einen Rechtsanwalt vertreten werde: vgl. BGH LM § 13 StVO Nr. 6; BGHZ 3, 213; 31, 342 (348, 349). Er sollte im Sinne der weiteren Ausführungen ausgelegt werden.
 - 3) Kuchinke, Die vorbereitende richterliche Sachaufklärung, JuS 1967, S. 295 f., 296.

einen Anwalt kann das Gericht zwar davon ausgehen, daß dieser die Prozeßordnung kennt und die richtigen Anträge stellt. Es besteht zu Hinweisen daher erst Anlaß, wenn durch unklare oder unsubstantiierte Anträge ersichtlich wird, daß dem Begehren unvollständig Ausdruck gegeben wurde¹. In dieser Situation macht es § 139 ZPO dem Richter zur Pflicht, aufklärend tätig zu werden.

Ist aus dem Prozeßverhalten einer Partei hingegen nicht zu entnehmen, daß sie eine weitere Sachaufklärung verlangt, so ist das Gericht nur dann zu Hinweisen verpflichtet, wenn die Partei erkennbar weitere Beweismittel und Behauptungen vorbringen konnte. Das Fehlen eines Antrags erklärt sich in diesen Fällen aus einem Versehen oder daraus, daß die Partei die Rechtslage erkennbar falsch beurteilt². Ist die Partei durch einen Rechtsanwalt vertreten, so besteht jedoch in aller Regel kein Anlaß zu der Annahme, daß ein Vorbringen aus diesen Gründen unterblieb³.

-
- 1) Der Gedanke der Zurechnung eines Verschuldens des Anwalts an die Partei kann die Hinweispflicht des Gerichts nicht beeinflussen, da der Anwalt sein prozessuales Begehren - wenn auch unvollkommen - zum Ausdruck gebracht hat und damit § 139 ZPO das Gericht zu Hinweisen verpflichtet. § 139 ZPO will die sachgerechte Entscheidung des Prozesses fördern. Dies gilt auch bei Anwaltsvertretung, denn es ist der Prozeß der Parteien, den das Gericht zu entscheiden hat; vgl. E. Schneider, MDR 68, 721.
 - 2) BGH, VersR 70, 258 (9); 65, S. 461 (2); 62, S. 312 (3); 62, S. 368 (370); 62, S. 626; 60, S. 663 (5); 60, S. 467 (8); 59, S. 331 (2); 59, S. 96 (7); 58, S. 186; 58, S. 264 (5); 58, S. 640 (1); LM § 139 Nr. 3 ZPO.
 - 3) BGH, VersR 61, S. 610 (1).

F. Die sog. " formelle Wahrheit " im Zivilprozeß.

Da weder die Berechtigung des Gerichts, von Amts wegen Beweis zu erheben, noch § 139 ZPO eine erschöpfende Sachaufklärung garantieren, kann im Zivilprozeß ein Sachverhalt der Entscheidung zugrundegelegt werden, welcher der objektiven Wahrheit nicht entspricht. Diese Konsequenz hat Wach zu dem bekannten Ausspruch veranlaßt, der Zivilprozeß erforsche innerhalb des Geltungsbereichs der Verhandlungsmaxime nur eine " formelle Wahrheit " ¹. "Die Feststellung der Wahrheit sei nur das erwünschte, aber nicht verbürgte Resultat".

Im Grunde ist man sich seit langem einig, daß diese Aussage zu pointiert ist ². Sowohl im Verfahren mit Untersuchungsgrundsatz als auch im Verfahren mit Verhandlungsgrundsatz soll die volle Wahrheit gefunden werden. Dieses Ziel soll lediglich auf verschiedenen Wegen erreicht werden: bei der Verhandlungsmaxime hat sich der Gesetzgeber dafür entschieden, daß dem Prinzip der Wahrheit durch die gegensätzlichen Interessen der Parteien am besten gedient sei, im Bereich der Untersuchungsmaxime hat er den Parteieneinfluß zu Gunsten gerichtlicher Befugnis zurückgestellt. Beide Maximen werden in Einzelfällen nicht zur Erforschung der vollen Wahrheit führen.

1) Wach, Vorträge über die Reichs-Civilprozeßordnung, S. 199. Auch Sauer, a.a.O., S. 170 kritisiert diese Einschränkung der Tatsachenaufklärung mit leidenschaftlichen Worten.

2) So schon Zachariä im Jahre 1848, abgedruckt bei Niese, S. 18; Brüggemann, S. 130; vgl. Peters, ZZP 76 S. 146; Bernhardt, Aufklärung des Sachverhalts, S. 11-14; Gaul, a.a.O., S. 49, 50; Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht, S. 144.

G. Beweisantrag-Beweiserhebungspflicht-Beweisablehnung (Aufgabenstellung).

Ein Beweisantrag kann jedoch die Erforschung der materiellen Wahrheit nur fördern, wenn es zur Beweisaufnahme und zur Würdigung der Beweise durch das Gericht kommt. Entscheidend ist daher, wie das Gericht auf den Antrag zu reagieren hat. Über den Umfang der Beweiserhebungen auf einen Beweisantrag hin enthält nur die StPO in den §§ 244, 245 eine Regelung. Die ZPO und die VwGO schweigen.

Es sind folgende Fragen, die beantwortet werden müssen:

1. Welche Angaben muß ein Beweisantrag enthalten ?
2. Folgt grundsätzlich auf den Beweisantrag die Beweisordnung und Beweiserhebung durch das Gericht ?
3. Wenn eine Pflicht zur Beweiserhebung besteht, wie lassen sich die Fälle, in denen Beweisanträge abgelehnt werden dürfen, in einem Grundsatz-Ausnahmeverhältnis verstehen und systematisch darstellen ?
4. Auf der Basis der gewonnenen Ergebnisse ist zu erörtern, ob die Grundsätze über die Ablehnung von Beweisanträgen gewohnheitsrechtlich gelten, ob eine Analogie zu § 244 StPO möglich ist und wie eine zivilprozessuale Regelung lauten müßte.

Dies sind - kurz angedeutet - die Ziele, die sich diese Arbeit gesetzt hat. Es soll versucht werden, Klarheit in dieses " tägliche Brot " deutscher Richter, das so spärlich in der Literatur behandelt ist, zu bringen.

Aufbau und Weg der Arbeit gehen dahin, im folgenden - zweiten - Kapitel darzulegen, wie ein Beweisantrag formell und inhaltlich aussehen muß.

Im dritten Hauptteil ist darzustellen, ob und warum das Gericht auf Beweisantrag zur Beweiserhebung verpflichtet ist und welche Folgen sich daraus für die Beweiswürdigung ergeben.

Im vierten Kapitel gilt es, die Ablehnungsgründe als Ausnahmen vom Grundsatz der Beweiserhebungspflicht zu verstehen.

Das fünfte Kapitel faßt die gewonnenen Ergebnisse zusammen und prüft die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit einer gesetzlichen Regelung.

2. Kapitel

Der Charakter des Beweisantrags

Welche Angaben ein zulässiger Beweisantrag enthalten muß, ist im Verfahrensrecht nur in den Grundzügen festgelegt. Aus § 282 ZPO, der den Beweisantritt allgemein, und den §§ 371, 373, 403, 424 Ziff. 2, 445, 447 ZPO, die den Beweisantritt mit den einzelnen Beweismitteln regeln, ergibt sich¹, daß der Beweisführer

1. ein durch die Zivilprozeßordnung zugelassenes Beweismittel benennen und
2. tatsächliche Behauptungen zum Zweck des Nachweises oder der Widerlegung unter Beweis stellen muß.

Gleiches gilt auch für das Verfahren mit Untersuchungsgrundsatz, denn ein Beweisantrag muß stets ein Beweisthema und ein Beweismittel enthalten (Grundsatz der sog. Beweisverbindung).²

A. Die Benennung eines Beweismittels

I. 1. Beweismittel der Zivilprozeßordnung sind unstreitig die in den §§ 321 ff. aufgeführten sog. fünf "klassischen" Beweismittel: Augenschein, Zeugen, Sachverständige, Urkunden und Parteivernehmung.

2. Strittig ist, ob neben dieser "klassischen Fünzfzahl" die amtliche Auskunft, die gemäß § 272 b Abs.2 Nr. 2 ZPO zur Vorbereitung des Verhandlungstermins angeordnet werden kann, allgemein als Beweismittel anzuerkennen ist.

1) Vgl. zu den Voraussetzungen eines Beweisantritts: Rosenberg-Schwab, § 113 IV 1; Grunsky, a.a.O., S.380
2) J. Goldschmidt, a.a.O., S. 449

Die Rechtsprechung¹ sieht in der amtlichen Auskunft ein selbständiges Beweismittel, das insbesondere die Zeugenvernehmung sowie die Anhörung Sachverständiger ersetzt und sowohl von Amts wegen als auch auf Antrag² einer Partei eingeholt werden kann. Nach der herrschenden Meinung in der Literatur³ stellt die amtliche Auskunft hingegen nur ein Mittel des sog. "Freibeweises" dar, dessen Verwendung auf die Überprüfung von Prozeßvoraussetzungen beschränkt ist⁴ und nicht mittels eines Beweisantrags durchgesetzt werden kann.

Das Gesetz kennt keine Beweisführung der Parteien durch amtliche Auskunft. Sie kann nur zur Vorbereitung des Verhandlungstermins (§ 272 b ZPO)⁵ vom Gericht eingeholt werden. Die amtliche Auskunft kann nicht einem Beweismittel gleichgesetzt werden. Sie ersetzt das unmittelbare Beweismittel - wie den Sachverständigen und Zeugen - nur im Sinne einer vorläufigen Beweisführung. Sie schließt die Verwendung des unmittelbaren Beweismittels nicht aus, so daß auf Antrag auch dieser Beweis zu erheben ist. Durch eine amtliche Auskunft können daher nur dann Tatsachen festgestellt werden, wenn keine Partei sich auf das unmittelbare Beweismittel beruft. Dies ist aber der Weg zur Sachverhaltsaufklärung, den das Gericht bei der vorbereitenden Sachaufklärung gemäß § 272 b ZPO beschreitet.

-
- 1) BGH, LM § 402 Nr. 16 ZPO; LM § 272 b Nr. 4 ZPO; BGH, MDR 64, 223, BGH, VersR 62, S. 626; BGH, VersR 52, S. 37; KG, JW 36, S. 3331; BverwG, DöV 60, S. 386; Baumbach-Lauterbach, § 282 Anm. 3; Thomas-Putzo, § 282 Anm. 3; aus der Literatur ebenso: Peters, Der sog. Freibeweis im Zivilprozeß, S. 131; Brüggemann, a.a.O., S. 386; Hellwig, System, S. 672; Bruns, JZ 57, S. 489.
 - 2) BGH, LM § 272 b Nr. 4 ZPO.
 - 3) So Stein-Jonas-Pohle, § 282 VI 2; Nikisch, LB, S. 329; Sauer, LB, S. 197; Schöнке-Kuchinke, § 62; Blomeyer, LB, S. 394.
 - 4) Gegen die Berechtigung des Freibeweisverfahrens bestehen jedoch erhebliche Bedenken. Siehe dazu S.176 f. dieser Arbeit.
 - 5) D.h. nicht als Beweismittel, sondern zur Aufklärung des Sach- und Streitstands.

3. Zu den einzelnen Beweismitteln sollen nur problematische Abgrenzungs- und Einzelfragen aufgeworfen werden. Im übrigen kann auf die Kommentarliteratur verwiesen werden.

a) aa) Beim Sachverständigenbeweis ist herauszustellen, daß nur der vom Gericht ernannte Gutachter Sachverständiger i.S. der ZPO ist. Ein von einer Partei in Auftrag gegebenes Gutachten, ein sog. Privatgutachten, stellt lediglich einen Parteivortrag dar¹. Da dieser Gutachter weder Partei noch Zeuge ist, braucht er vor Gericht nicht vernommen zu werden². Der Partei wird nicht das rechtliche Gehör versagt, wenn dem Privatgutachter nicht das Wort zur Erläuterung seines schriftlichen Gutachtens erteilt wird, denn die Parteien können ihr Recht auf mündliche Ausführungen nur persönlich oder durch ihren Prozeßbevollmächtigten ausüben, nicht aber auf von ihnen ausgewählte Dritte übertragen. Ob es zweckmäßig ist, den Privatgutachter im Einzelfall zur Klärung des Parteivorbringens anzuhören, steht im Ermessen des Gerichts³.

Das Gericht kann ein Privatgutachten im Wege des Urkundenbeweises nur dann heranziehen, wenn beide Parteien mit der Verwertung einverstanden⁴ sind und es Gegen-

-
- 1) Küper, Die Einholung medizinischer Gutachten und Obergutachten im Zivilprozeß, NJW 68, S. 182; BGH, VersR 61, S. 67; 63, S. 1188; A. Schönke, ZZP 61, S. 1 f. Schneider, ZZP Bd. 75, S. 203 f. und Beweis und Beweiswürdigung, S. 225. Dies ist auch dann zu berücksichtigen, wenn der Schaden gemäß § 287 ZPO geschätzt wird: vgl. AG München, VersR 69, 1032.
 - 2) BGH, VersR 62, S. 231 (2); 67, S. 585; 70, 629 (630). Dagegen muß das Gericht das vorgelegte Gutachten - da es Sachvortrag der Partei ist - als Sachvortrag würdigen. Vgl. Schneider, ZZP, Bd. 75, 204.
 - 3) BGH, VersR 67, S. 585.
 - 4) Fordert der Gegner die Anordnung eines Sachverständigenbeweises durch das Gericht, so widerspricht er der Verwertung im Wege des Urkundenbeweises: vgl. Schneider, Beweis und Beweiswürdigung, S. 226.

stand der mündlichen Verhandlung gewesen ist¹. Das Einverständnis des Gegners ist notwendig, weil Parteivorbringen - also Streitstoff - durch den Urkundenbeweis zum Beweisstoff wird. Erfahrungswissen kann aber auf den Antrag einer Partei oder von Amts wegen nur unter der Voraussetzung zum Beweisstoff werden, daß es ein gerichtlicher Gutachter bestätigte (§§ 402 ff ZPO).

Das Gericht darf ein Gutachten nur dann als Sachverständigengutachten würdigen, wenn es den Gutachter vorher zum Sachverständigen des Gerichts ernannt oder mit der Erstattung eines Gutachtens beauftragt hat², denn die Beweismittel sind von der Prozeßordnung abschließend festgelegt. Dadurch, daß sich das Gericht mit den Ausführungen des Privatgutachtens auseinandersetzt, wird dieses noch nicht zum Gerichtsgutachten³.

Aus dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung und der Berechtigung des Gerichts, die Erfahrungssätze auf jede geeignete Weise zu klären, ergibt sich jedoch, daß der Richter die Sachkunde auch aus dem Privatgutachten - d.h. aus dem Sachvortrag einer Partei - gewinnen kann⁴ und daß er den Ergebnissen eines überzeugenden Privatgutachtens selbst entgegen dem Gutachten des Gerichtssachverständigen folgen kann⁵.

1) BAG, NJW 65, S. 1502; BAG, Betrieb 61, S. 1104; BAG, AP § 823 BGB Nr. 1; VRS 22, S. 421; Thomas-Putzo, Anm. 2 vor § 402; a.A.: BGH, VersR 62, S. 450; BGH, LM § 286 (E) Nr. 7; Stein-Jonas-Pohle, § 286 Anm. III 4 a; Baumbach-Lauterbach, Vorb. 5 zu § 402 ZPO; Rosenberg-Schwab, § 124 I. Hier wird nicht berücksichtigt, daß Erfahrungssätze auf Antrag einer Partei nur durch das speziell dafür vorgesehene Beweismittel, den Sachverständigenbeweis, Beweisgegenstand werden.

2) BSG, NJW 65, S. 368 u. 1100.

3) BGH, VersR 62, 231 (2).

4) Er kann dann ablehnen, den beantragten Sachverständigenbeweis zu erheben: vgl. BGH, LM § 286 (E) Nr. 7 ZPO.

5) BGH, VersR 63, 1188.

bb) Das zur positiven Feststellung oder zum Ausschluß der Vaterschaft häufig eingeholte sog. (anthropologisch-) erbbiologische Gutachten stützt sich auf Ähnlichkeitsmerkmale, die Folgerungen auf Übereinstimmungen oder Unterschiede im Erbgut der verglichenen Individuen zulassen¹. So kann aus Augenfarbe (Pigment), Irisstruktur, Haarfarbe, Hirnkopf, Gesichtsform, Augenbrauenverlauf, Hautleisten usw. in Verbindung mit dem Ergebnis der Blutuntersuchung (Blutgruppe, Rhesus-Komplex, Blutfarbstoff) auf die Abstammung geschlossen werden. Der Sachverständige muß - wie bei jedem Gutachten, dessen tatsächliche Grundlagen nur mit besonderer Fachkenntnis festzustellen sind - zunächst diese Merkmale im Wege des Augenscheins ermitteln. Erst auf dieser Tatsachengrundlage kann er mittels seines Erfahrungswissens Schlußfolgerungen ziehen. Praktische Erfordernisse machen es unmöglich, beide Teile des Gutachtens nach den jeweils für sie geltenden Verfahrensregeln zu beurteilen. Die Erstattung des erbbiologischen Gutachtens wird daher einheitlich als Sachverständigenbeweis behandelt².

-
- 1) Zum erbbiologischen Gutachten vgl.: Schade, Das anthropologisch-erbbiologische Gutachten, in: Vaterschaftsgutachten für die gerichtliche Praxis, S. 104 f.; Gernhuber, Lehrbuch des Familienrechts, § 45 VII 9.
 - 2) Hiendl, Das Blutgruppen- und erbbiologische Gutachten im Alimentenprozeß des unehelichen Kindes, NJW 63, S. 1662 (3); BGH 5, S. 302; Schröder, Abstammung und Ausforschung in der höchstrichterlichen Praxis der Schweiz und der BRD, FamRZ 65, S. 178 (181). Zur Zulässigkeit von tatsächlichen Feststellungen durch den Sachverständigen vgl.: BGH, VersR 70, 857 (9).

b) Der Beweis durch Urkunden wird dadurch erschwert, daß die Rechtsprechung durch eine strenge Auslegung der §§ 420, 424 ZPO den Parteien nicht gestattet, sich zur Beweisführung auf ganze Akten zu berufen: Akten könnten nicht zum Gegenstand des Urkundenbeweises gemacht werden, denn bei Akten handle es sich um eine Zusammenfassung von Urkunden, internen Aufzeichnungen, Beweisstücken, Anlagen und sonstigen Vorgängen¹. Als Konsequenz ergibt sich aus dieser Auffassung, daß der Beweisführer die einzelne Urkunde angeben oder wenigstens deren Inhalt so genau bezeichnen muß, daß die ersuchte Behörde den Vorgang finden kann.

c) Mit Tonbandaufnahmen und Lichtbildern wird nach überwiegender Meinung ein Augenscheinsbeweis und kein Urkundenbeweis angetreten². Da die im Prozeß abzuspielende Aufnahme durch Gehör und Sehsinn wahrgenommen, die äußere Unversehrtheit durch den Gesichtssinn überprüft werde, seien Tonbandaufnahme und Lichtbild als Augenscheinsobjekte zu qualifizieren³. Unter "Urkunden" verstehe die ZPO hingegen gedankliche Äußerungen in Schriftform.

Da jedoch bei diesem Verständnis des Augenscheins-

-
- 1) Teplitzky, Der Beweisantrag im Zivilprozeß, DRiZ 70, 280 (2); BGH, DRiZ 63, S. 60; BGH St 6, 128.
 - 2) Pleyer, Schallaufnahmen als Beweismittel im Zivilprozeß, ZZP Bd. 69, S. 322; BGH, VersR 63, S. 65 (66); Bruns, JZ 57, S. 489: Abgrenzung nach der Theorie der Spurenwerte: objektiver Spurenwert der Augenscheinsqualität - subjektiver Spurenwert der Aussagequalität; S. 493: Die Tonbandaufnahme habe objektiven Spurenwert; Stein-Jonas-Pohle vor § 371 II 2, 3; Roggemann, Das Tonband im Verfahrensrecht, S. 73.
 - 3) Vgl. auch VGH München, NJW 1971, 2039.

beweises die gesetzlichen Vorschriften über die Vorlegung von Urkunden und die Vernehmung von Zeugen ausgeschaltet werden, beurteilen Brügge-
mann¹ und Siegert² die Beweismittel nach ihrem Aussagegehalt: Tonband und Lichtbild seien zwar Objekte des Augenscheins; inhaltlich könne das Beweismittel jedoch sowohl einen Augenscheins-
sachverhalt wiedergeben als auch urkunden- oder zeugnisstellvertretende Funktion erfüllen:

Ein "reiner" Augenscheinssachverhalt werde z.B. durch die Aufnahme einer automatischen Kamera dargestellt, welche an einer Verkehrsampel die "Rotlichtsünder" fotografiert.

Ein Protokoll, ein Bericht, die nicht niedergeschrieben, sondern stattdessen auf Tonband diktiert sind, weisen menschliche Erklärungen auf. Sie seien daher eine moderne Form der Niederlegung des gesprochenen Wortes, also Urkundenbeweis.

Verneint man die Augenscheinsqualität von Tonband und Lichtbild, so erschwert dies den Beweisanztritt: § 424 ZPO verlangt vom Beweisführer detailliertere Angaben als § 371 ZPO. Besonders deutlich werden diese Schwierigkeiten, wenn das Tonband inhaltlich eine Zeugenaussage enthält: Eine zeugnispflichtige Person spricht ihre Aussage auf Tonband, weil sie vor Gericht nicht aussagen kann. Will sich eine Partei auf diese Aussage berufen, so geschieht dies nicht durch namentliche Benennung des Zeugen, der daraufhin geladen wird, sondern durch Bezeichnung des Tonbands.

1) Brügge mann, a.a.O., S. 385 f.

2) Siegert, Die außergerichtliche Tonbandaufnahme und ihre Verwertung im Zivilprozeß, NJW 1957, S. 691. Siegert sieht in dem Urkundenbeweis einen Sonderfall des Augenscheinsbeweises. Gehe es um den Inhalt, liege dieser Sonderfall vor.

Da Beweisantrag und Beweisbeschuß somit in ihrer Formulierung an die äußere Form des Beweismittels gebunden sind, muß von dieser Beweisform bei der Prüfung der Zulässigkeit eines Beweismittels ausgegangen werden¹. Nur wenn äußere Form und Aussagegehalt nicht übereinstimmen, ist zu fragen, welchem anderen Beweismittel der Aussagegehalt entspricht und welche Vorschriften dieses anderen Beweismittels wegen der Gleichartigkeit der Sachlage analog angewandt werden können².

Auf Tonbänder und Lichtbilder, welche Urkundensachverhalte wiedergeben, kann und muß daher die Regelung der §§ 422, 423, 427 ZPO Anwendung finden^{3,4}. Denn die in diesen Paragraphen zum Ausdruck kommende Beschränkung der prozessualen Verwendungsbefugnis ist darauf zurückzuführen, daß das im Privatbereich Erklärte nur durch die Verfügungsmacht des Berechtigten in die Öffentlichkeit gelangen soll. Geschützt sind in der Privatsphäre abgegebene

-
- 1) Vgl. Roggemann, Das Tonband im Verfahrensrecht, S. 69: die Sachbeweismittel unterscheiden sich weniger durch ihren Beweisinhalt als durch ihre Beweisform.
 - 2) Davon geht auch Dilcher, Die prozessuale Verwendungsbefugnis, AcP Bd. 158, S. 484 f. aus. Dilcher will allerdings die §§ 422 f. ZPO generell auf den Augenscheinsbeweis analog anwenden, also unabhängig davon, ob ein Urkundensachverhalt vorliegt.
Kritik: Zwar kann die Einnahme des Augenscheins nur erzwungen werden, wenn eine materiell-rechtliche Vorlagepflicht besteht. Zulässig ist der Beweis-antrag aber auch, wenn nicht sicher ist, ob die Beweiserhebung durchgeführt werden kann. Vor der Beweiserhebung ist die Vorlagepflicht nur beim Urkundenbeweis zu berücksichtigen, da die Gedanken-erklärung stärker der Privatsphäre eingegliedert ist als z.B. das Augenscheinsobjekt.
 - 3) A.A. BGH, VersR 1963, S. 65 (66): Da kein Urkundenbeweis vorliegt, könne die Filmaufnahme als Objekt eines Augenscheins benutzt werden, ohne daß es auf das Bestehen eines sachlich-rechtlichen Herausgabe- oder Vorlegungsanspruchs ankomme.
 - 4) Dagegen finden die Vorschriften, die den Beweiswert regeln (§§ 415 ff. ZPO), keine analoge Anwendung: Urkunden haben nach der Wertung des Gesetzgebers einen höheren Beweiswert; vgl. Roggemann, a.a.O., S. 69, 73.

Erklärungen. Nicht maßgebend für diesen Schutz ist die Niederlegung in Schriftform, sondern die Tatsache der Erklärung im privaten Bereich. Diese Voraussetzung ist bei Erklärungen auf Tonband in gleicher Weise erfüllt wie bei Erklärungen in Schriftform.

Durch eine analoge Anwendung der Vorschriften anderer Beweismittel für den atypischen Einzelfall ist daher der Beweisführung mit diesen "Beweismitteln besonderer Art"¹ Rechnung zu tragen.

d) Die Parteivernehmung ist - bis auf ihre Subsidiarität (§ 445 II ZPO) - ein gleichwertiges Beweismittel². Der Antrag erfordert keine Glaubhaftmachung oder Wahrscheinlichkeit der Behauptung³.

§ 445/II ZPO erklärt die Parteivernehmung allerdings zur Erschütterung eines Beweisergebnisses als unzulässig. Daraus ergibt sich, daß die Parteivernehmung zur Widerlegung bereits erwiesener Tatsachen - sei es auf Grund gesetzlicher Beweisregeln⁴ oder durch freie Beweiswürdigung⁵ - nicht zulässig ist, da damit Gegenbeweisanträge gestellt werden.

II. Die ZPO beschränkt im Urkunden- und Wechselprozeß für die materiell erheblichen Fragen⁶ die Beweis-

1) Davon spricht Bruggemann, a.a.O., S. 391.

2) Wenngleich der Beweiswert bei der Beweiswürdigung zurückhaltend zu beurteilen ist: vgl. Sieg, Beweisrechtsfragen im Verfahren gegen den Entschädigungsfonds, VersR 70, 681 f.; E. Schneider, Beweis und Beweiswürdigung, S. 16, 29.

3) Vgl. BGH 33, 63 und Schneider, Beweis- und Beweiswürdigung, S. 233. Anders ist es bei § 448 ZPO: die Parteivernehmung von Amts wegen setzt voraus, daß das Gericht in einer Vorab-Beweiswürdigung eine gewisse Wahrscheinlichkeit als erwiesen ansieht.

4) Z.B. kein Gegenbeweis der Unrichtigkeit der Urkunde durch Parteivernehmung, da die Richtigkeit gemäß der Beweisregel des § 415 I für das Gericht erwiesen ist: BGH, MDR 65, S. 818; BGH, NJW 65, S. 714.

5) Thomas-Putzo, § 445 Anm. 3.

6) Für die Prozeßvoraussetzungen bleiben wegen ihrer unbedingten Natur alle Beweismittel zulässig: vgl. RGZ 160, 346; Thomas-Putzo, § 593 Anm. 3.

mittel aus Gründen der Verfahrensbeschleunigung (§§ 592 S. 1, 595/II, III ZPO)¹. Hier sind nur Urkunden zur Beweisführung zulässig². Beweise mit anderen Beweismitteln können nur im Nachverfahren angeboten werden.

III. Jede Partei kann auf die Verwendung bestimmter Beweismittel rechtswirksam verzichten, indem sie erklärt, sich auf dieses Beweismittel nicht berufen zu wollen. Die Dispositionsbefugnis der Parteien erstreckt sich auch auf die zur Feststellung des Sachverhalts zur Verfügung stehenden Beweismittel. Die den Verzicht erklärende Partei ist im Prozeß an diesen Verzicht gebunden³. Widersprechende Anträge sind zurückzuweisen.

Ein Beweismittelverzicht wird insbesondere ausgesprochen, wenn mehrere Beweismittel zum Nachweis einer strittigen Frage zur Verfügung stehen. Es kann dabei auch das "unmittelbare"⁴ Beweismittel ausgeschlossen werden, obwohl dadurch der sachnächste Beweis verloren geht.

-
- 1) Vgl. Thomas-Putzo, vor § 592; Stein-Jonas-Pohle, Anm. II vor § 592.
 - 2) Lediglich zum Nachweis nicht anspruchsbegründender Tatsachen ist gemäß § 595 Abs. 2 ZPO auch die Parteivernehmung des Gegners zulässig. Auch wenn zur Beweisführung nur Urkunden zulässig sind, so gibt es dennoch im Urkundenprozeß unstrittige Tatsachen. Denn unstrittige Tatsachen bedürfen keines Beweises. Die §§ 592, 597 Abs. 2 ZPO betreffen daher nur den Nachweis strittiger Tatsachen. Vgl. dazu: Rosenberg-Schwab, § 164 II 2 c; Stein-Jonas-Pohle, § 597 III 1; abweichend: Gloede, Müssen im Urkundenprozeß auch unstreitige Behauptungen durch Urkunden beweisbar sein?, MDR 1966, S. 103 f. und Stürner, Statthaftigkeit und Beweisbedürftigkeit im Urkundenprozeß, NJW 1972, S. 1257 f.
 - 3) Es sei denn, daß nur widerruflich verzichtet wurde. Zur Wirkung des Verzichts vgl. Grunsky, a.a.O., S. 386, 387; Zur Widerrufbarkeit vgl. BGH, JR 1962, 183 (4).
 - 4) Die "Unmittelbarkeit" kennzeichnet die Beweishöhe des Beweismittels. Vgl. zum Unmittelbarkeitsgrundsatz S. 158 f. dieser Arbeit.

Hat ein Zeuge bereits außerhalb des anhängigen Prozesses - z.B. in einem anderen Verfahren oder bei einer polizeilichen Vernehmung - über ein bestimmtes Thema ausgesagt, so ist die Aussage in dem Protokoll, also in einer Urkunde festgehalten. Zum Nachweis dieses Beweisthemas sind nun zwei Beweismittel vorhanden: der Zeuge und die Urkunde. Beweisangebote können mit jedem der beiden Beweismittel erbracht werden. Lediglich der Beweiswert ist verschieden.

Wollen die Parteien den durch den "unmittelbaren" Beweis bedingten erhöhten Aufwand vermeiden, so können sie¹ - oder auch nur die beweispflichtige Partei² - auf dieses Beweismittel verzichten. Sie erklären sich z.B. mit einem Ersetzen des unmittelbaren Zeugenbeweises durch den "mittelbaren" Urkundenbeweis, der eine Zeugen aussage ja nur mittelbar wiedergibt, einverstanden³.

1) Man spricht dann von einem Beweismittelvertrag: vgl. Grunsky, a.a.O., S. 386; ob in diesem Fall das Gericht auch von einer Beweiserhebung von Amts wegen ausgeschlossen ist, ist umstritten; bejahend: Grunsky, a.a.O., S. 387 und Schlosser, Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß, S. 24 f.; verneinend: Stein-Jonas-Pohle, Vorbem. XI 5 a vor § 128 und Rosenberg-Schwab, § 113 VI 3.

Zuzustimmen ist der zweiten Ansicht, da die Dispositionsbefugnis der Parteien den Richter bei der Aufklärung strittiger Tatsachen nicht beeinträchtigen darf. Da die Sachverhaltsfeststellung - nachdem die Tatsache bestritten ist - dem Richter obliegt, können die Parteien ihn nicht in der Wahl der gesetzlich bestimmten Beweismittel beschränken. Insbesondere muß dies für den Sachverständigenbeweis gelten, da das Gericht für die Kenntnis der Erfahrungssätze auch selbst verantwortlich ist: vgl. OLG Köln, MDR 60, 846 mit Anm. von E. Schneider.

2) OLG Stuttgart, ZZP Bd. 74, 93 (4); BGH, VersR 64, 70 u. 60, 367; auch nur eine Partei habe das Recht, auf die ihr zustehende Unmittelbarkeit des Beweisantrages zu verzichten.

3) BGH, JR 62, 183; Stein-Jonas-Pohle, § 284 B IV 2; ebenso kann ein Augenschein oder eine Parteivernehmung aus einem anderen Verfahren im Wege des Urkundenbeweises verwertet werden.

Nur wenn die Parteien wirksam auf das unmittelbare Beweismittel verzichtet haben, kann das Gericht den beantragten Zeugenbeweis durch Niederschriften über Aussagen in einem anderen Verfahren ohne Verstoß gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme ersetzen¹.

Eine solche Vereinbarung ist wirksam, denn durch die Beschränkung der Beweismittel disponieren die Parteien über die Feststellung des Sachverhalts. Auch der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme steht zur Disposition der Parteien, denn er soll die Wahrheitsforschung im Interesse der Parteien sichern². Die Parteien greifen mit einer Beweismittelvereinbarung nicht in die Freiheit der Beweiswürdigung des Richters ein, da maßgebend bleibt, ob der Richter den Beweis auf Grund der erhobenen Beweise geführt sieht³. Der Richter muß sich bei seiner Beweiswürdigung bewußt sein, daß er keinen unmittelbaren Eindruck gewonnen hat.⁴ So darf er ein Protokoll oder eine Skizze nicht wie einen an Ort und Stelle eingenommenen Augenschein würdigen⁵.

Sollte die Vereinbarung der Parteien hingegen auch die Beweiswürdigung des Richters binden, indem dieser verpflichtet wird, den mittelbaren Beweis wie den unmittelbaren zu beurteilen, so ist diese Vereinbarung unwirksam. Denn die Parteien können die Beweiswürdigung durch den Richter nicht festlegen⁶.

1) BGHZ 7, 116 (122); OLG Düsseldorf, VRS Bd. 5 (1953), S. 341; BGH, VersR 1964, 70 (1); OLG Stuttgart, ZZP Bd. 68, 94.

2) BGH, ZZP Bd. 74, 93 (94).

3) Vgl. Schlosser, a.a.O., S. 22 f, 89.

4) BGH, LM § 398 Nr. 2 ZPO.

5) Vgl. BGH, VersR 58, 340 (1); OLG Nürnberg, BayJMB1 55, 37; Bruns, Zur Systematik der gesetzlichen Beweisarten im Zivilprozeß, JZ 57, 489 (492).

6) Schlosser, a.a.O., S. 89, 90; OLG Köln, MDR 1960, 846.

Da sich die Parteien durch einen solchen Beweismittelverzicht des unmittelbaren - und damit in der Regel des beweiskräftigen - Beweismittels begeben, ist der Verzicht im Zweifel dahin auszulegen, daß er nur für den Rechtszug binden soll, in dem er ausgesprochen wurde¹. Überdies kann ein Verzicht nur dann angenommen werden, wenn der Verzichtswille eindeutig zum Ausdruck gebracht wurde².

IV. Der Beweisführer muß das Beweismittel konkret benennen³. Nur beim Sachverständigenbeweis genügt gemäß § 403 eine allgemeine Berufung auf das Beweismittel.

Nötig ist zwar keine Individualisierung in alle Einzelheiten, jedoch ist das Beweismittel so konkret anzugeben, daß das Gericht ohne eigene Nachforschungen Beweis erheben kann.

Nicht ausreichend bestimmt wäre der Antrag, das Gericht möge sich überzeugen, daß die "gesamte Nachbarschaft" der Meinung der antragstellenden Partei sei, ebenso wenig die Berufung auf ganze Akten⁴.

Der Zeugenbeweis muß durch namentliche Benennung des Zeugen und seiner ladungsfähigen Anschrift angetreten werden.

Nur bei konkreter Angabe des Beweismittels kann das Gericht prüfen, ob der Antrag die Wahrheitsfindung fördert, und damit, ob dem Antrag stattzugeben ist⁵.

1) BGH, JR 1962, 183; ZJP Bd. 74, 93 (94); VersR 64, 70; 60, 367.

2) BGH, VersR 63, 362 (6); OLG Düsseldorf, VRS Bd. 5 (1953), S. 341; OLG Stuttgart, ZJP, Bd. 68, 94: allein in der Bezugnahme auf andere Akten liegt jedenfalls noch kein Verzicht.

3) Berkholz, Diss., Der Beweisermittlungsantrag, S. 89, 123.

4) BGH St 6, S. 128; Dunz, NJW 56, S. 769 (770); Löwe-Rosenberg, § 244 Anm. V 5 b.

5) Vgl. Heußler, Die Grundlagen des Beweisrechts, AcP Bd. 62, 209 f., 248 f.

In dem von dem Verhandlungsgrundsatz beherrschten Zivilprozeß wird der Richter diesen Mangel nicht von Amts wegen beheben, da die Parteien die Verantwortung für die Beibringung und den Beweis des Prozeßstoffes tragen. Auch die Beweiserhebung von Amts wegen soll den Parteien diese Verantwortung nicht abnehmen.

In Verfahren mit Untersuchungsgrundsatz besteht die Individualisierungspflicht im Prinzip in gleicher Weise¹. Da jedoch ein mangelhafter Beweisantrag einen Hinweis auf weitere Aufklärungsmöglichkeiten enthält, wird das Gericht durch einen solchen Antrag zu Ermittlungen verpflichtet. Wenn Nachforschungen zur Ergänzung des Beweisantrags geführt haben, kann das Gericht entweder den Beweis von Amts wegen anordnen oder der Partei die Vervollständigung des Beweisantrags ermöglichen. In jedem Fall ist die praktische Auswirkung, daß nur durch die Angabe von erfolgsversprechenden Anhaltspunkten eine Beweisanoordnung erreicht werden kann².

V. Die rechtspolitische Frage, ob es den Parteien auch weiterhin überlassen sein kann, das Beweismittel zu bestimmen, oder ob nicht der Richter die Auswahl unter den möglichen und bekannten Beweismitteln treffen solle, wurde im Jahre 1961 von der Kommission zur Reform der ZPO erörtert³. Zur Begründung einer derartigen Reform wird angeführt, daß das Gericht, das über die Wahrheit der behaupteten Tatsachen entscheide, die nach seiner Ansicht geeigneten Beweismittel auch müsse auswählen können. Dadurch würde die Verantwortung des Richters für die Feststellung des Sachverhalts gesteigert.

1) Vgl. Kleinknecht, StPO § 244, Anm. 5 A; Eb. Schmidt II, vor § 244, Anm. 26 b.

2) Vgl. BGH St, NJW 60, S. 542; Kleinknecht, § 244 StPO, Anm. 5 A; Löwe-Rosenberg, § 244 Anm. IV 5 b und 6.

3) Bericht, S. 238; Auch A. Schönke hat diesen Einfluß der Parteien begrüßt: A. Schönke, Rechtsvergleichende u. rechtspolitische Bemerkungen zum zivilprozeßualen Beweisrecht, ZZP Bd. 61, S. 1 f., insbes. S. 17 f.

Einer Reform stehen jedoch gewichtige Gründe entgegen: Will man die Parteien an der Wahrheitsfindung beteiligen, weil sie dem aufzuklärenden Sachverhalt näherstehen als das Gericht, so muß sich ihre Mitwirkung auch auf die Aufklärungsmittel erstrecken. Denn gerade die vorhandenen Beweismittel sind für das Gericht nicht ohne weiteres ersichtlich. Verlangt man aber die Angabe von Beweismitteln, so muß das Gericht, wenn es dem Beweis-antrag nachgeht, auch das Beweismittel benutzen, das nach dem Antrag die unter Beweis gestellte Tatsache beweisen soll. Im anderen Fall wäre nicht auszuschließen, daß gerade das benannte und nicht das vom Richter gewählte Beweismittel den Beweis erbracht hätte.

Entschärft wird diese Problematik jedoch dadurch, daß es dem Gericht freisteht, einem Antrag vorerst nicht stattzugeben, sondern über das Beweisthema von Amts wegen Beweis mit einem anderen Beweismittel zu erheben. Wird dadurch bereits der Beweis erbracht, so erübrigt sich die beantragte Beweiserhebung.

B. Die Behauptung einer Tatsache

Neben einem bestimmten Beweismittel muß der Beweis-antrag eine "tatsächliche Behauptung" enthalten. Während die zulässigen Beweismittel aus der ZPO entnommen werden können, findet sich im Gesetz keine Aussage, was unter den Begriffen "Behauptung" und "Tatsache" zu verstehen ist. Dies ist daher näher darzulegen.

I. Der Begriff der "Behauptung" muß aus der Beweissituation verstanden werden: Der Beweisführer behauptet Tatsachen, die nach seiner Meinung sein Begehren rechtfertigen. Die behauptete Tatsache soll die richterliche Subsumtion beeinflussen. Derartige Tatsachen stellt der Beweisführer als wahr dar, Behaupten heißt also, Tatsachen als wahr darstellen, welche das Vorliegen der Tatbestandsmerkmale der anzuwendenden Rechtsnorm ergeben¹.

1) Rosenberg, Beweislast, S. 75; H. Arndt, DRiZ 66, S. 301; Hippel, S. 232. Anders die Definition von J. Goldschmidt, S. 422: Mitteilung des Wissens zu bestimmter Funktion.

Ein "Behaupten" wird nicht durch die innere Einstellung des Behauptenden zu dem Angeführten in Frage gestellt. Es ist unerheblich, ob er die Wahrheit der behaupteten Tatsache kennt, ob er die behauptete Tatsache nur vermutet oder ob er sie gar wider besseres Wissen anführt. Unter dem Gesichtspunkt der Behauptung ist ein Beweis-antrag daher nicht unzulässig, wenn der Beweisführer mehr behauptet, als er tatsächlich weiß¹:

Ein auf Provisionsbasis angestellter Vertreter macht nach Kündigung des Arbeitsverhältnisses rückständige Provisionsansprüche geltend. Er führt die von ihm vermittelten Abschlüsse einzeln auf und behauptet, daß alle diese Abschlüsse² ausgeführt und von den Kunden bezahlt worden seien².

Diese Behauptung erhält nur dadurch eine Besonderheit, daß der Beweisführer vorträgt, aus welchen Tatsachen er die Behauptung ableitet. Durch diese Angaben will der Beweisführer verhindern, daß sein Beweis-antrag als unzulässige "Ausforschung" abgelehnt wird. Nur unter dem Gesichtspunkt der Ausforschung wird geprüft, ob der Behauptende eine nur vermutete Tatsache als wahr darstellen darf³.

In aller Regel wird ein Beweis-antrag nicht daran scheitern, daß keine Behauptung aufgestellt wurde, denn der Beweisführer will durch den Nachweis von Tatsachen das Urteil beeinflussen und stellt diese Tatsachen daher als wahr dar. Vielmehr mangelt es den Anträgen häufig an der Bestimmtheit der Behauptung. Liegt jedoch ausnahmsweise nicht einmal eine Behauptung vor, so ist nicht mehr auf die Bestimmtheit einzugehen:

1) Dunz, NJW 56, S. 769; RAG 17, S. 295, BAG, AP Nr. 24 zu § 611 BGB, Ärzte, Gehaltsansprüche, Blatt 1279; P. Anhalt, Diss., Verfahrensgrundsätze und Ausforschungsbeweis, S. 22; Löwe-Rosenberg, § 244 Anm. IV 5 a.

2) So BAG, AP Nr. 24 zu § 611 BGB, Ärzte, Gehaltsansprüche.

3) Ob dies berechtigt ist: siehe S. 208 f. dieser Arbeit.

In einem Rechtsstreit um Schadensersatz wegen einer Amtspflichtverletzung bei der Erstattung eines medizinischen Gutachtens hatte der Kläger nach dem Tatbestand des angefochtenen Urteils beantragt, den Sachverständigen des vorangegangenen Strafverfahrens "über seine Beobachtungen bei den von ihm durchgeführten Untersuchungen bei dem Kind zu hören".

Der BGH führt dazu aus, daß der Antrag in dieser Form nicht ordnungsgemäß formuliert sei, da durch ihn keine bestimmte Tatsache unter Beweis gestellt worden sei. Genau genommen fehlt es jedoch an jeder Tatsachenbehauptung, so daß auf die mangelnde Bestimmtheit nicht mehr abzustellen ist. Wie der ordnungsgemäße Beweis Antrag in diesem Fall lauten mußte, ist dem genannten Urteil zu entnehmen: "Der Zeuge ist darüber zu vernehmen, daß das Hymen des Kindes nicht in der von dem Zeugen X beschriebenen Art und Weise verletzt war." Dieser Beweis Antrag enthält eine klare Behauptung, die durch den Zeugen bewiesen werden kann.

II. 1. Der Beweisführer muß "Tatsachen" behaupten, denn nur "tatsächliche Behauptungen" können Gegenstand des Beweises sein (§ 282 Abs. 1 ZPO).

Was unter einer "Tatsache" zu verstehen ist, braucht nicht allgemein, sondern nur für das Beweisrecht bestimmt zu werden². Tatsache im Sinn des Beweisrechts ist alles, was dem Beweis zugänglich ist, wovon sich

1) BGH, DRiZ 62, S. 167.

2) Vgl. Schönke-Kuchinke, S. 252; Kuchinke, Grenzen der Nachprüfbarkeit, S. 63, 114, 131, 223; Blomeyer, LB, S. 331; Brüggemann, a.a.O., S. 131; Grunsky, a.a.O., S. 335.

der Richter durch sinnliche Wahrnehmung überzeugen kann¹. "Dem Beweis zugänglich" sind die natürlichen, vorrechtlichen Begriffe, die ein Tatbestandsmerkmal einer Norm ausfüllen können².

§ 852 BGB setzt für den Verjährungsbeginn die "Kenntnis" der Person des Ersatzpflichtigen voraus. Diese "Kenntnis" kann durch den Nachweis dargetan werden, daß der Geschädigte nach dem Unfall Namen und Anschrift des flüchtigen Kraftfahrers erfuhr.

Sind Tatsachen konkrete, nach Raum und Zeit bestimmte, vergangene oder gegenwärtige Geschehnisse und Zustände der Außenwelt oder des Seelenlebens³, so ist doch zu bedenken, daß jede tatsächliche Behauptung ein Urteil enthält⁴. Denn Tatsachen werden von Menschen nicht ohne eigene Wertung weitergegeben⁵. Daraus erklärt sich die Schwierigkeit, Tatsachenurteile von den sog. reinen Urteilen, welche die Tatsachen unter Rechtsbegriffe einordnen oder Schlußfolgerungen ziehen, abzugrenzen.

1) Vgl. Brüggemann, a.a.O., S. 131.

2) Vgl. Henke, Die Tatfrage, S. 145.

3) Vgl. Thomas-Putzo, § 282 Anm. 4 c und Rosenberg-Schwab, LB, § 116 I 1; vgl. ferner zum Tatsachenbegriff: Stein-Jonas-Pohle, § 282 II 1; Baumbach-Lauterbach, Einf. § 282 Anm. 4 A; Lent, Wahrheitspflicht, S. 17 f.; Lent, ZZP Bd. 63, 251 f.; Engisch, a.a.O., S. 51 und Anm. 37; Mezger, Der psychiatrische Sachverständige, S. 30; Anhalt, a.a.O., S. 22; Sauer, Allgemeine Prozeßrechtslehre, S. 165; Löwe-Rosenberg, § 244 Anm. II 1.

4) Vgl. Sauer, a.a.O., S. 165.

5) Vgl. Stein, a.a.O., S. 8 f., Grunsky, a.a.O., S. 355, 356.

2. Durch ein tatsachenwertendes Urteil wird von Tatsachen auf den juristischen Begriff geschlossen. Die Behauptungen, jemand handele "fahrlässig", "verstoße gegen die guten Sitten", enthalten eine solche juristische Wertung. Diese Begriffe können daher nicht Gegenstand des Beweises sein.

Der Beweisführer muß also darauf achten, ob er einen "natürlichen" oder einen "juristischen" Begriff unter Beweis stellt¹. Insbesondere die in Generalklauseln verwandten Wertungsbegriffe, ferner alle Rechtsbegriffe sind dem Beweis nicht zugänglich. Es bedarf der Behauptung bestimmterer, einfacherer Begriffe, die geeignet sind, den Rechtsbegriff auszufüllen².

So werden keine Tatsachen benannt, wenn Beweis darüber erhoben werden soll,

daß der Beklagte für den Unfall nicht "verantwortlich" ist³,

daß der Unfall durch das "verkehrswidrige Verhalten" des Beklagten verursacht worden ist⁴.

In beiden Fällen werden Rechtsfragen unter Beweis gestellt.

3. Der Übergang zwischen Tatsachenurteilen und tatsachenwertenden Urteilen ist jedoch fließend. Denn oft benutzt der Behauptende juristische Begriffe nicht zu dem Zweck, eine juristische Wertung auszudrücken, sondern um den Sachverhalt verständlich und verkürzt darzulegen⁵. Man denke nur an den gebräuchlichen Ausdruck der "Leihe" für die Hingabe zum

1) Vgl. dazu Henke, Tatfrage oder Rechtsfrage, ZZP Bd. 81, S. 219; Henke, Die Tatfrage, S. 150 f.

2) Vgl. Schönke-Kuchinke, S. 252.

3) BGH, VersR 63, 925 (8).

4) BGH, VersR 58, 45 (6).

5) Vgl. Henke, ZZP Bd. 81, S. 219.

Verbrauch bestimmter Gegenstände. Der Begriff der "Leihe" soll die Hingabe und die Verpflichtung des Empfängers, Gegenstände gleicher Art und Qualität zurückzugeben, ausdrücken. Daß diese Wertung juristisch falsch ist, da die Leihe die Zurückgabe derselben Gegenstände voraussetzt, beeinträchtigt die Tatsachenbehauptung nicht. Der dahinterstehende Sachverhalt ist eindeutig dargetan.

Ebenso verhält es sich, wenn die vom Behauptenden vorgenommene Wertung der juristischen Wertung entspricht. Durch den Vortrag, er habe die Sache "gekauft", wird der tatsächliche Hergang des Abschlusses des Rechtsgeschäfts in abgekürzter Form beschrieben.

Die Parteien gebrauchen in diesen Fällen also keine Rechtsbegriffe, sondern nur die synonymen Begriffe des sozialen Lebens.

Als Rechtsbegriffe werden die genannten Begriffe von den Parteien nur dann verwandt, wenn es um die Rechtsfrage, also die Qualifizierung des feststehenden tatsächlichen Vorgangs geht. Durch den Beweisantrag soll jedoch der Sachverhalt festgestellt werden¹.

Zusammengesetzte Begriffe einfacher Art, die dazu dienen, den Sachverhalt abgekürzt wiederzugeben, wie Kauf, Eigentum, Verlöbnis, Testament, sind somit den Fakten gleichzusetzen² und können Gegenstand des Beweises sein.

3. Auch sog. allgemeine Tatsachen können unter Beweis gestellt werden. Darunter versteht man Erfahrungssätze, d.h. Schlüsse, die auf Grund der Erfahrung, insbesondere einer Fachkenntnis, aus einer Reihe gleichartiger Tatsachen gezogen werden³. Da es sich dabei um Obersätze im richterlichen Syllogismus handelt und

1) Vgl. Henke, Tatfrage oder Rechtsfrage, ZZP. Bd. 81, S. 196 f.(219); insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Revisibilität dieser Begriffe: Tatfrage, S. 150 f.

2) Brüggemann, S. 121; Lent, Wahrheitspflicht, S. 21.

3) Baumbach-Lauterbach, Einf. § 282, Anm. 4 D; Lent, Wahrheitspflicht, S. 18; Bernhardt, Aufklärung, S. 22; a.A. Sauer, ZZPBl68, S. 425: Ausschaltung des Begriffs des Erfahrungssatzes zugunsten einer Bestimmung der Aufgaben des Sachverständigen (S. 429,430).

die Obersätze grundsätzlich vom Richter festzustellen sind, können Erfahrungssätze nur dann Gegenstand des Beweises sein, wenn sie durch das dafür gesetzlich bestimmte Beweismittel, den Sachverständigenbeweis, nachgewiesen werden¹.

Als anschauliches Beispiel für die Abgrenzung von Tatsachenbeweis und Erfahrungssatzbeweis sei ein von Lent² dargestellter Fall zitiert:

In einem Prozeß um Schadensersatz aus einem Verkehrsunfall ist streitig, ob der Lenker des Kraftwagens angetrunken war. Zum Beweis wird vorgetragen, daß er kurz vor dem Unfall in einer Wirtschart Bier und Schnaps getrunken hat. Hiermit wird eine tatsächliche Behauptung aufgestellt. Weiter wird "behauptet", dieser Alkoholkonsum sei geeignet gewesen, die Aufmerksamkeit des Autofahrers so herabzumindern, daß der Unfall auf dessen Fahrlässigkeit beruhte. Damit wird ein medizinischer Erfahrungssatz angeführt, der durch ein Sachverständigengutachten bewiesen werden kann.

4. § 293 ZPO ermöglicht es, ausnahmsweise auch Rechtssätze unter Beweis zu stellen³. Rechtssätze sind als Obersätze des richterlichen Syllogismus grundsätzlich dem Beweis nicht zugänglich. Es gilt der Satz: "jura novit curia". § 293 ZPO geht jedoch davon aus, daß das Gericht ausländisches Recht, Gewohnheits- und Satzungsrecht nicht zu kennen braucht. Über diese Rechtssätze kann daher Beweis erhoben werden. Da dem Richter jedoch die Amtspflicht obliegt, die Rechtsnormen von Amts wegen zu berücksichtigen⁴, kommt Beweisanträgen keine so weitreichende Bedeutung zu wie Anträgen zum Nachweis von Tatsachen.

1) Stein-Jonas-Pohle, § 282 II 3.

2) Lent, ZZP Bd. 63, S. 1 f.; § 2, S. 26.

3) Vgl. Grunsky, a.a.O., S. 357: Stellen die Parteien Rechtssätze unter Beweis, so müssen sie diese eingehend vortragen; ferner BGH, VersR 67, S. 798 (9).

4) Vgl. Stein-Jonas-Pohle, § 293, Anm. III; Nagel, a.a.O., S. 107, 109, 110.

C. Die Substantiierungspflicht

Obwohl das Gesetz in § 282 ZPO nur eine "tatsächliche Behauptung" fordert, verlangen Rechtsprechung und Literatur eine ausreichende Substantiierung der unter Beweis gestellten Behauptung¹.

I. Substantiierung bedeutet, daß der Beweisführer die Tatsachen ausreichend konkret angibt.

Eine Behauptung kann in verschiedenem Maße in die Darstellung der Einzeltatsachen aufgegliedert werden.

Zur Erläuterung sei dies an folgendem Beispiel² aufgezeigt:

Ein Bankgeschäft erhebt gegen einen Kunden Ansprüche mit der Begründung, daß dieser in einem Vergleich einen Debetsaldo anerkannt und Zahlungen in bestimmter Höhe versprochen habe. Der Beklagte wendet ein, daß nach dem Vergleichsabschluß eine abändernde weitere Vereinbarung zwischen den Parteien getroffen worden sei. Dies will er unter Beweis stellen.

Die Behauptung, daß eine abändernde Vereinbarung getroffen worden sei, ist zwar eine Tatsachenbehauptung, aber eine kaum konkretisierte.

Eine weitergehende Konkretisierung enthält die Behauptung des Beklagten, er habe nach Abschluß des Vergleichs Ende 1957 oder Anfang 1958 mit der Bank eine neue Vereinbarung getroffen, in welcher diese sich verpflichtet habe, die falsche Verbuchung von Eingängen in Höhe von 15.000,-- DM, die für den Beklagten bestimmt, ihm aber nicht gutgeschrieben worden waren, durch Entlastung seines Sollsaldos auszugleichen.

Diese Behauptung könnte noch weiter in Einzeltatsachen aufgegliedert werden, wenn die Behauptung Angaben über Art, Ort und Gelegenheit enthielte, unter denen die behauptete Vereinbarung zustande gekommen war.

II.1. Das Erfordernis der Substantiierung wird schon in den Materialien zu CPO vom Jahre 1877 hervorgehoben³: Sollen mit der Aufstellung der Tatsachen zugleich Beweise angetreten werden, so müssen die Tatsachen so konkret angegeben werden, wie die Benutzung der Beweismittel es erfordert.

1) z.B. BGH, NJW 60, S. 1950; VersR 64, 70 (1); VersR 63, S. 1150; OLG Karlsruhe, FamRZ 65, S. 597; Esser, Der Ausforschungsbeweis, S. 145 f.; Rosenberg, Beweislast, S. 167.

2) Vgl. BGH, DRiZ 62, 277.

3) Hahn, S. 269.

Die Pflicht zur detaillierten Behauptung wurde früher aus § 451 ZPO¹, der sog. Eideszuschreibung abgeleitet. Hier war festgelegt, daß die Beweistatsache bestimmt zu bezeichnen ist. Dieses Erfordernis wurde auf den Beweisantrag mit anderen Beweismitteln übertragen.

2. Auch nach Abschaffung dieser Bestimmung wird eine Substantiierung des Beweisantrags gefordert. Begründet wird dies damit, es ergebe sich aus den §§ 371, 373, 403, 424 Ziff. 2, 445, 447 ZPO², daß die Art und Weise des Beweisantritts für den Augenschein, den Zeugen-, Sachverständigen- und Urkundenbeweis und die Parteivernehmung konkret sein müsse.

Diese Bestimmungen über den Beweisantritt enthalten jedoch nur die Aussage, daß der Beweisführer "die zu beweisenden Tatsachen anzugeben", "zu bezeichnen habe". Aus diesen Formulierungen kann nur abgeleitet werden, daß Behauptungen bestimmt sein müssen. Der Grad der notwendigen Substantiierung ist damit jedoch nicht festgelegt.

Das Maß der Substantiierung ist nach der "Erheblichkeit" zu bestimmen, denn jeder Sachvortrag richtet sich an den Tatbestandsvoraussetzungen einer Rechtsnorm aus. Nur eine ausreichend konkrete Behauptung ermöglicht es dem Gericht, die Schlüssigkeit des Vorbringens zu prüfen³.

-
- 1) § 451 ZPO lautete: "Die Antretung des Beweises erfolgt durch die Erklärung, daß dem Gegner über die bestimmt zu bezeichnende Tatsache der Eid zugeschoben wird".
 - 2) Rosenberg, Beweislast, S. 167; BGH, FamRZ 60, 110 (1); BGH, DRiZ 62, 277 (8).
 - 3) Peters, Ausforschungsbeweis, S. 53 f.; Anhalt, Allg. Verfahrensgrundsätze und Ausforschungsbeweis, S. 24 f; Esser, Der Ausforschungsbeweis, S. 147.

Die Interessen der Gegenpartei an einer sachgemäßen Verteidigung mögen zwar auch eine Substantiierung gebieten, eine Pflicht zur peniblen Substantiierung läßt sich daraus aber nicht ableiten¹. Es hieße Unmögliches vom Beweisführer verlangen, bei der Konkretisierung seines Beweisantrags zu berücksichtigen, ob der Antrag für den Gegner ausreichend bestimmt ist. Durch die an der Erheblichkeit ausgerichtete Behauptung ist das Beweisthema auch für den Gegner präzis festgelegt. Er kann vom Beweisführer nicht mehr an Darlegung verlangen, als der gesetzliche Tatbestand diesem zur Durchsetzung seiner Rechtsauffassung vorschreibt.

Das Maß der Substantiierung kann daher nur durch die Schlüssigkeit oder Erheblichkeit des Vorbringens bestimmt werden. Der Richter prüft, ob die Behauptung - ihre Richtigkeit unterstellt - den geltend gemachten Anspruch stützt.

In dem oben angeführten Beispiel(fall)² des streitigen Bankabschlusses hat der BGH die Revisionsrüge, der Beklagte habe die näheren Umstände nach Art, Ort und Gelegenheit der Vereinbarung nicht angegeben, zurückgewiesen, da das Vorbringen des Beklagten auch ohne diese Angaben schlüssig sei und im Falle des Nachweises einen rechtsvernichtenden Einwand darstelle.

1) Vgl. BGH, FamRZ 60, 111: der BGH nennt Erheblichkeit und Interessen des Gegners als Bestimmungsmaß der notwendigen Substantiierung. Im folgenden legt er jedoch die Anforderungen an die Substantiierung ausschließlich unter Erheblichkeitsgesichtspunkten fest. a.A. Lüderitz, Ausforschungsverbot u. Auskunftsanspruch bei Verfolgung privater Rechte, insbes. S. 8, 20 f.: Grundsätzlich gehe die Beweisnot der einen Partei die andere nichts an. Ein ungenügend substantiierter Beweisantrag erhalte jedoch dann die nötige Bestimmtheit, wenn der Beweisführer durch Anhaltspunkte die Wahrscheinlichkeit der Behauptung dartun könne. Der Grad der Wahrscheinlichkeit sei abhängig von der Stärke des Eingriffs in die Interessensphäre des Gegners.

2) Siehe oben S. 45

Ergeben sich Begründung und Maß der Substantiierung aus der Schlüssigkeit oder Erheblichkeit, so ist die notwendige Substantiierung durch das materielle Recht festgelegt. Ungenau sind im Hinblick auf diese Ergebnisse folgende Darstellungen über den Umfang der Substantiierungspflicht:

Die Anforderungen an die Bestimmtheit dürften nicht überspannt werden¹.

Eine Präzisierung in alle Einzelheiten erfordere die Substantiierung nicht. Das Beweiserbieten sei auch so hinreichend deutlich und bestimmt².

Diese Aussagen sind zu allgemein. Entscheidend für die Präzisierung der Angaben ist die Erheblichkeit im Einzelfall.

Ausreichende Substantiierung bedeutet somit: Der Beweisführer muß die besonderen Umstände des konkreten Falles dartun, soweit es auf diese für die Entscheidung des Rechtsstreits ankommt.

Bevor das Gericht jedoch eine Behauptung als zu unbestimmt ablehnt, muß es prüfen, ob der Sachvortrag nicht durch Auslegung an Bestimmtheit gewinnt. Dies sei an folgendem vom BGH entschiedenen Fall erläutert³:

In einem Rechtsstreit um Schadensersatz wegen Verletzung der Verkehrssicherungspflicht durch eine Gemeinde stellte diese den Beweisantrag, den Gemeindevorstand und vier Gemeindearbeiter als Zeugen über die Behauptung zu vernehmen, daß die Straße "auf dem hier allein in Rede stehenden Teilstück sich in einem absolut verkehrssicheren Zustand befunden, insbesondere keinerlei verkehrsgefährdende Unebenheiten aufgewiesen habe". Das OLG hatte diesen Beweis nicht erhoben, da der Antrag zu unbestimmt sei. Die dem Gericht vorbehaltene Beurteilung der Verkehrsgefährdung könne nicht in das Wissen der Zeugen gestellt werden.

1) BGH, NJW 62, 676.

2) BGH, VersR 64, 70 (1).

3) BGH, VersR 59, 729 (731).

Der BGH hielt in der Revision den Beweisanspruch für ausreichend bestimmt, denn er enthalte bei sachgerechter Auslegung die Behauptung, der Teerstreifen habe zur Zeit des Unfalls keine oder höchstens Vertiefungen von wenigen Zentimetern aufgewiesen.

Der BGH hat hiermit den Begriff der "verkehrsgefährdenden Unebenheiten" unter Heranziehung des in der Verhandlung vorgetragenen Sachverhalts in die entscheidungserheblichen Tatsachen aufgliedert. Einer derartigen Auslegung steht die Verantwortung der Parteien für den Beweisanspruch nicht entgegen, denn die verwerteten Tatsachen wurden von den Parteien im Prozeß vorgebracht.

3. Da die notwendige Substantiierung durch die Erheblichkeit bestimmt wird, sind die Anforderungen an die Konkretisierung zunächst davon abhängig, ob die behauptete Tatsache unmittelbar oder mittelbar erheblich ist.

a) Unmittelbar beweisernheblich ist eine Tatsache, wenn sie zu den gesetzlichen Voraussetzungen einer für die Entscheidung relevanten Norm zählt.

Die behauptete Tatsache kann dem in der Norm verwandten Begriff jedoch in verschiedener Weise entsprechen:

aa) Das Gesetz kann Tatsachenbegriffe im Tatbestand aufweisen, die keiner weiteren Substantiierung mehr fähig sind.

§104 Nr.1 BGB knüpft die Geschäftsfähigkeit an die "Vollendung des siebten Lebensjahres".

Gemäß § 1922 Abs.1 BGB geht das Vermögen einer Person mit deren "Tod" auf die Erben über.

Hat ein Mann der Mutter des Kindes "während der gesetzlichen Empfängniszeit beigeohnt", so wird gemäß § 1600 o Abs.2 Satz 1 BGB vermutet, daß das Kind von diesem Mann gezeugt ist.

In diesen Fällen hat es der Gesetzgeber den Beweisführern leicht gemacht. Sie genügen ihrer Substantiierungspflicht, indem sie die Tatsachenbegriffe behaupten.

Während die an die Beiwohnung anknüpfende Vermutung der Vaterschaft nach § 1717 Abs. 1 BGB a.F. wieder durch einen Tatsachenbegriff - nämlich den Mehrverkehr - entkräftet werden konnte¹, kann die Vermutung nach der heutigen Regelung in § 1600 o Abs. 2 n.F. nur durch "schwerwiegende Zweifel an der Vaterschaft" widerlegt werden. Es ist also ein unbestimmter Begriff, dessen Sachverhalt nachgewiesen werden muß. Die Tatsache des Mehrverkehrs hat hierbei als Indiz weiterhin Bedeutung², führt allein jedoch nicht zur Entlastung³. Eine Verbesserung der Beweisschwierigkeiten des als Vater bezeichneten Mannes ist damit nicht eingetreten.

bb) Verwendet das Gesetz Tatsachenbegriffe mit eigener juristischer Wertung, so müssen die entsprechenden Merkmale des sozialen Lebens so dargelegt werden, daß aus ihnen auf den juristischen Begriff geschlossen werden kann.

Sind juristischer Begriff und Begriff des täglichen Lebens nicht inhaltsgleich, so muß der Beweisführer die Einzeltatsachen angeben, die geeignet sind, den juristischen Begriff auszufüllen.

-
- 1) Es konnte die Vernehmung der Mutter darüber beantragt werden, daß sie in der gesetzlichen Empfängniszeit "Mehrverkehr" gehabt habe. Der gesetzliche Tatbestand sprach nur von Mehrverkehr, eine Benennung der anderen möglichen Väter war daher im Hinblick auf den gesetzlichen Tatbestand nicht notwendig.
So z.B. BGH, FamRZ 64, S. 253; vgl. ebenso Bittner, ZZP Bd. 67, S. 73 f., S. 89; Peters, Ausforschungsbeweis, S. 63, 64; P. Anhalt, S. 24 - 28; Dunz, NJW 56, S. 770; Haußer, NJW 59, S. 1811; Arndt, DRiZ 66, S. 301; a.A.: Lang, DRiZ 62, S. 229 (230); LG Bad Kreuznach, FamRZ 56, S. 115; OLG Freiburg, JZ 53, S. 229; Bernhardt, LB.S. 231; Niclas, ZBlJR 60, S. 9.
 - 2) Auch nach neuem Recht kann der Antrag ohne Konkretisierung der anderen möglichen Väter gestellt werden, denn allein aus dem Indiz kann auf den gesetzlichen Tatbestand geschlossen werden.
 - 3) Denn das Kind kann nun in demselben Verfahren die Vaterschaft positiv nachweisen.

So hat der Begriff der "Kenntnis" für den Fall des § 852 BGB nach der Rechtsprechung des BGH einen vom Sprachgebrauch abweichenden Inhalt. Kenntnis vom Schadensfall und Schädiger i.S. des § 852 BGB ist erst dann anzunehmen, wenn dem Verletzten die Klageerhebung zugemutet werden kann. Die bloße Behauptung der "Kenntnis" reicht daher nicht aus, um dem Gericht eine Aussage über den Lauf der Verjährung zu ermöglichen. Der Beweisführer, der sich auf § 852 BGB berufen will, muß vielmehr Tatsachen vortragen, aus denen sich sowohl die Kenntnis des Klägers vom Schadensfall als auch die Zumutbarkeit einer Klageerhebung ergeben. Er muß z.B. dartun, der Verletzte habe zu einem bestimmten Zeitpunkt Anhaltspunkte bekommen, aus denen die Person des Schädigers hervorgegangen sei, so daß er Klage hätte erheben können.

Decken sich hingegen juristischer Wertungsbegriff und synonym gebrauchter Begriff des täglichen Lebens in ihrem Aussagegehalt, so kann aus dem Begriff des täglichen Lebens auf den juristischen Begriff geschlossen werden. Nun ist die Behauptung des "natürlichen Begriffs" - jedenfalls bis auf weiteres - ausreichend bestimmt².

So kann in einem einfach gelagerten Fall die Behauptung der "Anstiftung" den Sachverhalt ausreichend klar darlegen. Der Begriff der "Anstiftung" ist zwar an sich ein Rechtsbegriff, in einem einfachen Sachverhalt kann er jedoch zugleich als Tatsache gelten. Für die Darlegung des "Eigentums" bei einer Eigentums-herausgabeklage genügt zunächst die schlichte Behauptung, der Kläger sei Eigentümer der Sache.

Die bloße Behauptung des sozialen Begriffs reicht jedoch nicht mehr, wenn der Prozeßgegner Einwände vorbringt, die geeignet sind, Zweifel an der Synonymität der Begriffe zu begründen. Nun muß der Behauptende den Vorgang weiter aufgliedern⁴.

1) Vgl. BGH, VersR 1955, S. 234; Henke, Tatfrage, S. 156.

2) Vgl. Rosenberg-Schwab, § 105 II 1 a; Wieczorek, § 253 G IV c 2, § 282 B III c 4.

3) Vgl. BGH St 1, S. 138.

4) Vgl. Henke, Tatfrage, S. 151.

Bestreitet der Beklagte detailliert das Eigentum des Klägers, z.B. indem er einwendet, ein Kauf und eine Übereignung seien nicht zustandegekommen und deswegen stehe das Eigentum an der Sache noch ihm zu, so muß der Kläger die¹ Art und Weise der Übereignung im einzelnen darlegen¹.

Die Substantiierungspflicht wird jedoch nur dann durch detaillierte Einlassungen des Gegners gesteigert, wenn durch diese der Tatsachenvortrag des Klägers erschüttert wird und nicht mehr den Schluß auf das geltend gemachte Recht zuläßt².

In dem oben zitierten Fall³ der Behauptung einer abändernden Vereinbarung zwingt deshalb ein einfaches Bestreiten des Gegners nicht zur Ergänzung der Behauptung, da diese weiterhin schlüssig bleibt. Trüge der Bestreitende hingegen vor, es sei zwischen den Parteien wiederholt über die strittige Frage verhandelt worden, ohne daß es dabei zu einer Vereinbarung gekommen sei, so wäre der Behauptende zur Ergänzung seiner Behauptung gezwungen. Zum Nachweis der Vereinbarung wären nun Angaben darüber nötig, bei welcher Verhandlung und in welcher Weise die Einigung zustande gekommen ist³.

Ein Bestreiten schlechthin steigert also die Substantiierungspflicht nicht. Nur ein detailliertes Bestreiten, das dem Tatsachenvortrag die Schlüssigkeit nimmt, zwingt zu einer konkreteren Behauptung.

cc) Sind im gesetzlichen Tatbestand unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten, so muß der Beweisführer den Rechtsbegriff durch außerjuristische Tatsachen ausfüllen.

Dies sei am unbestimmten Rechtsbegriff der "schweren Eheverfehlung" veranschaulicht.

Die Zubilligung eines Unterhaltsanspruchs an die geschiedene Ehefrau hing in einem Rechtsstreit davon ab⁴, ob diese den Anspruch durch eine "schwere Verfehlung" nach Scheidung der Ehe verwirkt hatte.

1) Siehe Anm. 2 vorige Seite u. BGH, NJW 62, 1394 und DRiZ 62, 277.

2) BGH, DRiZ 62, 277 (Teilabdruck in NJW 62, 1394).

3) Vgl. oben S. 45; (BGH, DRiZ 62, S. 277).

4) BGH, FamRZ 60, S. 111.

Zum Nachweis der schweren Verfehlung der Klägerin stellte der beklagte Ehemann die Behauptung auf, die Klägerin habe fünf Personen gegenüber geäußert, er sei ein Verbrecher und gehöre ins Gefängnis. Das OLG wies den Antragsteller gemäß § 139 ZPO darauf hin, daß diese Behauptung zum Nachweis des gesetzlichen Tatbestandsmerkmals nicht ausreiche und zu ergänzen sei. Daraufhin trug der Beklagte vor, daß diese Beschimpfungen zu verschiedenen Zeitpunkten sowohl vor als nach der Ehescheidung gegenüber den genannten fünf Zeugen erfolgt seien. Das OLG entsprach nun diesem ergänzten Beweisantrag und erhob Beweis. Der BGH hob dieses Urteil u.a. deswegen auf, weil das OLG einem nicht genügend bestimmten Beweisantrag stattgegeben hatte. Der BGH vermied die Angabe der Umstände, unter denen die Äußerungen gefallen sind. Diese Angaben seien nötig, um auf eine "schwere" Verfehlung der Klägerin gegenüber dem Beklagten schließen zu können.

Eine sehr weitgehende Substantiierung fordert die Rechtsprechung auch für die Begriffe der "Geschäftsunfähigkeit" und der "vorübergehenden geistigen Störung"¹. Beweisanträge, deren Beweisthema lautete, daß sich die betreffende Person vor und nach dem Tag des Erbvertragsabschlusses "in einer Weise auffällig benommen habe, daß daraus auf eine geistige Störung zu schließen sei", wurden als zu unbestimmt abgelehnt. Nur durch die Darlegung konkreter und sicher festzustellender Vorgänge könnten diese unbestimmten Rechtsbegriffe ausgefüllt werden.

Bei anderen unbestimmten Rechtsbegriffen ist eine derartig weitgehende Substantiierung jedoch nicht erforderlich.

So hat der BGH² zum Nachweis des "bösen Glaubens" die Behauptung für ausreichend erachtet, daß "der Klägerin beim Erwerb des Wechsels die Umstände der abredewidrigen Ausfüllung bekannt waren". Der BGH führte aus, dieser Beweisantrag enthalte zwar keine Angaben der näheren Tatsachen, die den Vorgang und den Zeitpunkt der Kenntniserlangung bezeichnen. Dies sei aber auch nicht notwendig, um den Beweisantrag zulässig erscheinen zu lassen. Der Beklagte habe die im Hinblick auf Art. 10 WG allein beweiserhebliche Tatsache, die Kenntnis der Klägerin von der Abredewidrigkeit, angeführt.

1) BGH, NJW 62, S. 676 = MDR 62, S. 391 = LM § 286 (E) Nr. 9.

2) BGH, NJW 68, S. 1233.

Die Anforderungen an die tatsächlichen Darlegungen sind also bei den unbestimmten Rechtsbegriffen verschieden hoch. Dies folgt daraus, daß der unbestimmte Begriff ein Tatbestandsmerkmal mit flüssigen Grenzen ist, daß er seinen Gehalt erst durch die Aufnahme außerjuristischer Werte und Regeln gewinnt¹.

Ein einheitliches Maß der Substantiierung kann daher bei den unbestimmten Rechtsbegriffen nicht angegeben werden.

b) Mittelbar beweisenerheblich ist eine tatbestandsfremde Tatsache, aus der mittels Erfahrungssätzen auf eine unmittelbar erhebliche Tatsache geschlossen werden kann, die den gesetzlichen Tatbestandsbegriff ausfüllt².

Der Tatrichter muß hier prüfen, ob ein Erfahrungssatz erlaubt, von der behaupteten Tatsache auf die unmittelbar erhebliche Tatsache zu schließen. Ein solcher Schluß kann nur aus genauen Einzelangaben gezogen werden:

Ein Erfahrungssatz knüpft an ein konkretes Geschehen, das nach der Lebenserfahrung in bestimmter Weise abläuft³. Zur Anwendung des Erfahrungssatzes muß daher die Tatsache so bestimmt benannt werden, daß ersichtlich wird, ob sie einen Ausschnitt aus dem typischen Geschehensablauf darstellt.

Der angebliche Vater des nichtehelich geborenen Kindes wendet Mehrverkehr der Mutter innerhalb der Empfängniszeit ein. Diese Behauptung ist ausreichend detailliert, um die Vaterschaftsvermutung zu entkräften und von dem Kind den positiven Nachweis der Vaterschaft zu fordern⁴. Wenn auch der Nachweis

-
- 1) Vgl. Henke, Tatfrage, S. 55;
aber: durch ein Bestreiten kann eine nähere Darlegung erforderlich werden.
 - 2) Zur Funktion des Erfahrungssatzes bei der Beweismwürdigung vgl.: Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 52; Rosenberg-Schwab, § 116 I 3.
 - 3) Vgl. Blomeyer, Beweislast und Beweismwürdigung, 46. DJT, E 13: Der Erfahrungssatz gibt Auskunft über regelmäßige Verläufe.
 - 4) SO: Reinheimer, Die gerichtliche Feststellung der nichtehelichen Vaterschaft, FamRZ 70, 122 (4); Odersky, Nichtehelichengesetz, S. 142; a.A.: Bosch, FamRZ 70, 163: "der bloße Mehrverkehr könne sicher nicht schon Anlaß zu schwerwiegenden Zweifeln geben"; Gernhuber, Lehrbuch des Familienrechts, § 57 III 6: "die Vaterschaftsvermutung gelte stets, mag auch längst Mehrverkehr nachgewiesen sein".

eines Mehrverkehrs den verklagten Mann nicht mehr schematisch entlastet¹, so spricht doch die Erfahrung dafür, daß ebenso die anderen Männer als Erzeuger in Betracht kommen. Nicht notwendig für die Anwendung des Erfahrungssatzes ist eine weitere Konkretisierung hinsichtlich der Person des anderen möglichen Erzeugers. Für die Abweisung der Klage kann der angegebene Erfahrungssatz genügen². Vermag das Kind die durch den Erfahrungssatz begründeten Zweifel an der Vaterschaft nicht durch einen positiven Nachweis der Abstammung auszuräumen, so ist die Statusklage abzuweisen.

Der Kläger ist auf einer öffentlichen Straße ohne ersichtliche Ursache mit seinem Personenkraftwagen verunglückt. Um einen Schadensersatzanspruch gegen den Träger der Straßenbaulast durchzusetzen, mußte er dartun, daß der Unfall durch den schlechten Zustand der Straße verursacht wurde³. Da die Straße inzwischen neu angelegt worden war, berief sich der Kläger auf eine Meldung eines Polizeibeamten, in welcher dieser schon vor dem Unfall auf den verkehrsunsicheren Zustand der Straße aufmerksam gemacht habe.

Aus dieser allgemein gehaltenen Meldung konnte jedoch nicht auf die unmittelbar erhebliche Tatsache, die Mängel der Straße an der konkreten Unfallstelle, geschlossen werden. Die Meldung hätte sich auf die Unfallstelle und nicht nur auf den allgemeinen Zustand der Straße beziehen müssen.

c) Die Anforderungen an die Substantiierung lassen sich damit folgendermaßen bestimmen:

Unmittelbar erhebliche Tatsachen sind nur in geringem Maße zu substantiieren, wenn der gesetzliche Begriff tatsächennah ist.

Enthält der Tatbestand einen Begriff mit eigener juristischer Wertung, so richtet sich die Zergliederung in Einzeltatsachen danach, ob der soziale Begriff dem juristischen Begriff entspricht. Wenn die Begriffe sich decken, ist eine weitergehende Substantiierung davon abhängig, inwieweit der Gegner die Schlüssigkeit durch sein Vorbringen widerlegt.

1) Wie nach § 1717 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbsatz BGB a.F.

2) Vgl. Anm. 4, S. 54

3) Vgl. BGH, VersR 63, S. 1150 (1);

Bei unbestimmten Begriffen ist das Maß der Substantiierung von ihrer Ausrichtung an außerjuristischen Werten abhängig. In aller Regel wird eine gesteigerte Substantiierung notwendig sein.

Mittelbar erhebliche Tatsachen müssen weitgehend substantiiert sein.

III. Nun gibt es Fälle, in denen der Beweisführer selbst zu einer geringen Substantiierung nicht fähig ist, weil ihm die dazu notwendige Kenntnis von Einzel Tatsachen fehlt.

1. Dieser Informationsnot der beweispflichtigen Partei kann durch einen materiell-rechtlichen Auskunftsanspruch Rechnung getragen werden. Dadurch erhält der Beweisführer die erforderlichen Auskünfte.

Gesetzlich geregelt sind derartige Auskunftsansprüche in den §§ 259, 1379, 1890, 2027, 2028¹, 2314² BGB.

Die Rechtsprechung hat darüberhinaus aus der Regel des § 242 BGB eine allgemeine Pflicht zur Auskunft abgeleitet, wenn es die zwischen den Parteien bestehenden Rechtsbeziehungen mit sich bringen, daß der Berechtigte entschuldbarerweise über das Bestehen und den Umfang seines Rechts im Ungewissen ist, während der Verpflichtete in der Lage ist, die Auskunft unschwer zu erteilen³.

Zur Verdeutlichung diene folgender Fall:⁴

1) Vgl. über den Inhalt dieses Auskunftsanspruchs: BGH, WM 1971, 443.

2) Der BGH dehnte in der Entscheidung NJW 1971, 842 durch analoge Anwendung des § 2314 BGB den Auskunftsanspruch des pflichtteilsberechtigten Nichterben auf den Beschenkten aus.

3) Vgl. Palandt-Heinrichs, § 261 Anm. 2 d, aa .

4) BGHZ 10, 387.

Die Klägerin setzte Kalksandsteine aus der Produktion des Beklagten gegen 6 % Gewinnanteil aus dem gesamten Bruttowarenwert der Beklagten ab. Infolge von Streitigkeiten rechnete die Beklagte nicht mehr die gesamte Herstellungsmenge mit der Klägerin ab. Diese forderte nun den vollen Gewinnanteil. Da sie keinen Einblick in die Bücher der Beklagten hatte, konnte sie den Anteil nicht spezifizieren. Sie verlangte deswegen Rechnungslegung durch die Beklagte. Der BGH bejahte die Verpflichtung der Beklagten. Diese ergebe sich zwar nicht aus § 259 BGB, da die Beklagte nicht die Verwaltung für die Klägerin geführt habe. Über den Wortlaut des § 259 BGB hinaus sei eine derartige Verpflichtung aber aus dem Rechtsverhältnis zwischen den Parteien herzuleiten.

Einen derartigen Auskunftsanspruch nimmt die Rechtsprechung jedoch nur bei engen geschäftlichen Verbindungen, wie bei Ansprüchen im Rahmen des gewerblichen Rechtsschutzes, bei Schadensersatzansprüchen aus der Verletzung vertraglicher Wettbewerbsverbote und bei Ansprüchen des Generalvertreters aus Vertragsverletzungen durch den Unternehmer an¹. In den "Normalfällen" des gegenseitigen Faktierens oder bei vertraglosen Beziehungen kann hingegen mit einem materiell-rechtlichen Auskunftsanspruch der Informationsnot des Beweisführers nicht begegnet werden.

2. Auch das Verfahrensrecht beseitigt diese für den Beweisführer schwierige Lage nur in Einzelfällen:

a) § 287 ZPO enthebt die beweispflichtige Partei der vollen Substantiierung für die Höhe und die Entstehung des Schadens und den Kausalzusammenhang zwischen dem konkreten Haftungsgrund und dem Schaden. Der Kläger muß nur soviel dartun und beweisen, daß das Gericht in der Lage ist, eine sachgemäße Schätzung vorzunehmen².

1) Vgl. Palandt-Heinrichs, § 261, Anm. 2 d, aa, bb; BGH, NJW 64, S. 1414; NJW 57, S. 1026; BGHZ 10, S. 387. vgl. ferner: BAG, VersR 70, 941 f. (Anpassung einer Rente an die gestiegenen Bezüge der tätigen Vorstandsmitglieder).

2) Vgl. Prölas, Beweiserleichterung im Schadensersatzprozeß, S. 48; Schneider, Beweis und Beweiswürdigung, S. 52 f.; Gaupp, Beweisfragen im Rahmen ärztlicher Haftungsprozesse, S. 18 f.; Brüggemann, a.a.O., S. 449; BAG, NJW 63, S. 925 (6); BGH, NJW 51, S. 405; NJW 64, S. 589; RG, JW 1931, S. 1137; BGH, LM § 287 Nr. 35; BGH, VersR 58, S. 547; VersR 69, 136 (7); VersR 69, 160; VersR 69, 350 (1); VersR 69, 801; VersR 70, 903 (4); VersR 70, 924 (6).

§ 287 ZPO beruht auf der Erkenntnis, daß der Anspruchsberechtigte einen genauen Nachweis nicht immer erbringen kann. § 287 ZPO schränkt deshalb die Beweisführungslast zugunsten des Klägers ein und erleichtert dadurch auch die Darlegung¹, wie der folgende Fall zeigt:

Der Beklagte hatte im Jahre 1950 einen Verkehrsunfall verschuldet, durch den der Ehemann der Klägerin erhebliche Verletzungen davontrug. Im Jahre 1953 beging der Ehemann der Klägerin Selbstmord durch Erschießen.

Die Klägerin machte deswegen einen Unterhaltsanspruch gegen den Beklagten geltend. Der Selbstmord sei eine Auswirkung der durch den Unfall eingetretenen schweren Gesundheitsschädigung. Sie begründete den Kausalzusammenhang, indem sie die Unfallfolgen und die dadurch ausgelösten seelischen Belastungen aufzählte. Das Berufungsgericht wies die Klage ab, weil die Klägerin den Beweis eines adäquaten ursächlichen Zusammenhangs zwischen den Unfallverletzungen und dem Selbstmord nicht geführt habe. Es lasse sich nicht ausschließen, daß der Selbstmord andere Ursachen gehabt habe.

Der Bundesgerichtshof² beanstandete, das Berufungsgericht habe die Vorschrift des § 287 ZPO verkannt: § 287 ZPO diene gerade dazu, dem unfallbetroffenen Kläger den schwierigen Nachweis dafür zu erleichtern, wie sich seine Lage ohne den Unfall gestaltet hätte. Der Tatrichter werde durch § 287 freier gestellt. Er sei berechtigt, unabhängig von der Beweislast, allein auf Grund des ihm zugänglichen Materials nach freier Überzeugung zu entscheiden. Die Begründung des Urteils lasse Ausführungen vermissen, aus denen die dritte Instanz erkennen könne, ob sich das Gericht dieser Stellung bewußt war.

Der BGH hält es also für möglich, daß die Klägerin ihrer Darlegungspflicht durch die Angabe der Verletzungsfolgen vor dem Selbstmord Genüge getan hat. Die Klägerin braucht keinen stringenten Zusammenhang zwischen der Hirnverletzung, den Beschwerden des Ehemanns vor dem Selbstmord und dem Selbstmord zu begründen.

1) BAG, NJW 63, S. 925 (6); BGH, ZZP Bd. 82, S. 128 f.; VersR 70, 766 (8); Der BGH, ZZP Bd. 82, S. 128 f. stellt auf S. 131 eindeutig heraus, daß die Darlegungserleichterung nur insoweit gilt, als Unsicherheit in einem Punkt besteht, auf den sich die Schätzungsbefugnis des Gerichts erstreckt.

2) BGH, VersR 58, S. 547.

b) Im Gesetz enthaltene Tatsachenvermutungen erleichtern dem Beweisbelasteten Darlegung und Beweis.

Die Vaterschaftsvermutung des § 1600 o Abs. 1 BGB macht es entbehrlich, die Vaterschaft positiv darzulegen. Infolge der gesetzlichen Vermutung ist nicht die Abstammung, sondern nur die Beiwohnung darzutun¹.

Weitere Tatsachenvermutungen kennt das Gesetz in §§ 363, 685/I, 938, 1117/III, 1253/I, 2009, 2270 BGB. Gleiche Wirkung haben gesetzliche Rechtsvermutungen, wie §§ 891, 1006, 1362, 2365 BGB. Durch die Rechtsvermutung sind die das Recht begründenden Tatsachen nicht mehr darzulegen. Stattdessen sind die Voraussetzungen der Vermutung zu beweisen.

3. Nur in den genannten Fällen trägt das Gesetz der Informationsnot der beweispflichtigen Partei Rechnung.

Diese Regelung entspricht der ursprünglichen Konzeption der ZPO. Ein allgemeines Informativinteresse der Parteien wurde hier nicht anerkannt: Wegen ihrer gegensätzlichen Positionen sind die Parteien nicht gehalten, einander fehlendes Material zu liefern. Diese Auffassung bestätigen noch heute die Vorschriften über den Urkundenbeweis², welche die prozessuale Vorlagepflicht an einen materiell-rechtlichen Herausgabe- und Vorlageanspruch knüpfen³.

1) Der Gesetzgeber hielt die Aufnahme der Vermutung trotz der verbesserten Möglichkeiten eines positiven Vaterschaftsnachweises für notwendig; vgl. Referentenentwurf S. 54, 55; Bericht des Rechtsausschusses des Bundestags zu Drucksache V/4179; gegen diese Regelung: Hummel, FamRZ 69, S. 19 f.; Zur Erleichterung der Darlegung durch die Vermutung: Brüggemann, FamRZ 66, S. 530 (537) und Lüderitz, FamRZ 66, S. 613 (614).

2) die §§ 422, 423 ZPO.

3) Vgl. Peters, Beweisvereitelung und Mitwirkungspflicht des Beweisgegners, ZZP Bd. 82, S. 205 f.

Durch die Einführung der Bestimmungen der §§ 138, I und III¹, 445 f., 372 a ZPO wurden vom Gesetzgeber Durchbrechungen dieser Prinzipien anerkannt. Der Gegner wurde in die Tatsachenfeststellung einbezogen: er hat auch die ihm ungünstigen Tatsachen vorzutragen, er muß sich der Parteivernehmung, ja selbst einer körperlichen Untersuchung zum Nachweis ihn belastender Tatsachen stellen.

Dieser gesetzlichen Entwicklung entsprechend hat auch die Rechtsprechung die Informationsnot des Gegners zunehmend berücksichtigt. Dies geschah auf drei dogmatisch verschiedenen Wegen:

a) Über eine Umkehr der Beweislast

Die Beweislastumkehr führt zur Umkehr auch der Behauptungslast², denn Behauptung und Beweis sind aus der Sicht der Partei eine Einheit. Die Partei kann ihr Recht nur durchsetzen, wenn sie die tatsächlichen Voraussetzungen dartut und beweist.

Will man einer Partei die Gefahr des Prozeßverlustes infolge des fehlenden Nachweises prozeßerheblicher Tatsachen nicht auferlegen, so hieße es auf dem halben Wege stehen zu bleiben, dieser Partei die Behauptungslast zu belassen und lediglich die Beweislast von ihr zu nehmen. Ja, dies wäre geradezu systemwidrig, denn das Beweisrecht geht davon aus, daß der Behauptende auch den Beweis erbringt. Diese Verknüpfung von Behauptung und Verantwortlichkeit für den Beweis verlangt, daß mit der Beweisführungslast auch die Behauptungslast auf den Gegner übergeht.

Der durch die Umkehr der Beweislast Darlegungspflichtige hat nicht die ursprünglich von dem Gegner vorzutragenden Tatsachen, sondern die für ihn vorteilhaften gegenteiligen Tatsachen zu beweisen.

1) Vgl. BGH, VersR 70, 953 (6): durch § 138/I ZPO sei es trotz der Beweislast des Klägers Sache des Beklagten, die Angaben zu machen, über die sich der Kläger nur schwer Kenntnis verschaffen könne. Das Gericht habe gemäß § 139 ZPO darauf hinzuwirken, daß der Beklagte das Erforderliche vortrage.

2) Rosenberg, Beweislast, S. 49: Beweislast und Behauptungslast decken sich grundsätzlich.

Behauptet der Käufer, die gelieferte Sache sei mangelhaft, so hat er den Fehler darzutun und zu beweisen. Kehrt sich die Beweislast um, so hat der Verkäufer zu beweisen, daß die gelieferte Sache der Vereinbarung zwischen den Parteien entspricht.

aa) Eine Umkehr von Beweis- und Behauptungslast setzt voraus, daß der nach allgemeinen Regeln Beweis- und Darlegungsbelastete außerhalb eines Gefahrenbereichs steht und keine Möglichkeit hat, den Sachverhalt von sich aus zu ermitteln, während der Gegner ohne weiteres in der Lage ist, die erforderliche Aufklärung zu geben und ihm das nach den Umständen zuzumuten ist².

Diese Voraussetzungen wurden im folgenden Fall bejaht:

Eine Hausfrau wollte in einem Kaufhaus einkaufen. Sie glitt dort auf einer Bananenschale aus und erlitt einen Oberschenkelhalsbruch. Für diesen Unfall mußte die Beklagte einstehen, wenn das Herumliegen der Bananenschale auf eine rechtswidrige Unterlassung zurückzuführen war und sie dieses Verschulden zu vertreten hatte. Die Klägerin konnte aus eigenem Wissen nur vortragen, daß die Bananenschale auf dem Boden lag und daß keine Abfallbehälter aufgestellt waren. Inwieweit das Kaufhaus für die Beseitigung weggeworfener Reste Sorge trug, entzog sich ihrer Kenntnis. Gerade diese Tatsache war jedoch für den Klageerfolg entscheidend, denn danach war zu beurteilen, ob dem Kaufhaus ein Organisationsverschulden anzulasten war.

1) Vgl. Peters, ZZP Bd. 82, S. 214.

2) So schon von Hippel, Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozeß, S. 445: aus dem Gesichtspunkt der größeren Nähe zur Aufklärung; heute zum Problem: Prölis, Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß, S. 65 f.; Rspr.: BGHZ 23, 288; VersR 64, 72 (3); 69, 155 (159); 70, 229 (230); LG Dortmund, VersR 64, 876; OLG Köln, VersR 66, 476. Der große Senat des BAG hat in seiner Entscheidung über die lösende oder suspendierende Wirkung der Aussperrung (BAG, RdA 71, 185 f.(191)) dem Arbeitgeber wegen seiner Sach- und Beweisnähe die Beweislast für die Gründe auferlegt, die ihn von einer Wiedereinstellung abhielten.

3) BGH, VersR 61, 1078.

Da die Klägerin wegen ihres fehlenden Einblicks in die Organisation der Beklagten kein Verschulden¹ ihrer Gegnerin nachweisen konnte, kehrte der BGH die Beweislast um. Es oblag nun der Beklagten, zu beweisen, daß sie die zur Verhütung solcher Unfälle erforderlichen Organisations- und Überwachungsmaßnahmen getroffen hatte.

In Bewegung sind die Fragen, ob die Beweislastumkehr nur im Vertragsrecht durch analoge Anwendung der §§ 282, 285 BGB² oder durch Verselbständigung des sog. "Gefahrenbereichsgedankens" auch im Deliktrecht gilt³, weiterhin, ob sich die Beweislastumkehr nur auf das Verschulden⁴ oder auch auf die Rechtswidrigkeit bezieht⁵.

Die Rechtsprechung bejaht eine Beweislastumkehr insbesondere bei Verträgen, die es mit sich bringen, daß aus dem Gefahrenkreis des Verpflichteten Schäden entstehen, was vornehmlich bei Werk-, Dienst-, Beförderungs- und Beherbergungsverträgen der Fall ist. Soweit in diesen Fällen objektiv feststehe, daß der Vertrag fehlerhaft erfüllt wurde, habe der Unternehmer den Beweis seiner Schuldlosigkeit zu erbringen. Dem Auftraggeber könne nicht zugemutet werden, einen Beweis über Dinge zu führen, die seiner Sachkenntnis entzogen sind⁶.

1) BGH, VersR 61, 1078.

2) So die heute herrschende Meinung; als neueste Entscheidung: BGH, NJW 69, 553 (4).

3) So Prölss, Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß, S. 78; ferner der BGH für die Produzentenhaftung: BB 1969, 12 f; ferner BGH, VersR 69, 155 (159): die Beweisregel gelte auch für nach Deliktrecht zu entschiedene Haftungsfälle, wenn die der Regel zugrunde liegenden Erwägungen auch hier zutreffen.

4) So die Rechtsprechung, z.B. BGH, VersR 64, 1063 (4); BGH, VersR 61, 1078: die objektive Pflichtwidrigkeit ist vom Antragsteller nachzuweisen; ferner BGH, NJW 69, 553 (4); BB 69, 12 f; VersR 69, 155 (159); VersR 69, 470 (1).

5) Larenz, Schuldrecht I, S. 282 f.; Prölss, a.a.O., S. 79.

6) BGH, VersR 53, 117 (8); 57, 251; 58, 441; 58, 804.

Tritt bei einem Gebäude an der Fuge zwischen Decke und Wand Feuchtigkeit auf, so obliegt es dem für den Bau verantwortlichen Architekten, den Beweis seiner Schuldlosigkeit zu erbringen¹.

Hat ein Installationsgeschäft eine vorhandene Zinkwasserleitung durch Kupferrohre erweitert und entstehen einige Zeit nach Inbetriebnahme Rohrbrüche, so muß der Unternehmer nachweisen, daß das Verschweißen verschiedener Metalle sachgerecht ist und ihn daher kein Verschulden trifft².

Werden Personen auf Grund vertraglicher Vereinbarung befördert und werden sie auf dieser Fahrt durch einen Unfall verletzt, so hat der Unternehmer zu beweisen, daß der Schaden nicht auf mangelnder Sorgfalt, sondern auf einer Ursache beruht, die er nicht zu vertreten hat³.

Soll ein Arzt wegen eines Behandlungsfehlers in Anspruch genommen werden, so hat der Kläger grundsätzlich Kunstfehler, Verschulden und Schadensfolgen nachzuweisen. Ist jedoch dargetan, daß der Arzt schuldhaft einen groben Behandlungsfehler begangen oder den Patienten grob fahrlässig in Gefahr gebracht hat, so trifft den Arzt die Beweislast dafür, daß der Gesundheitsschaden nicht Folge des Behandlungsfehlers ist⁴. Nach den Grundsätzen des Anscheinsbeweises kann auf das Verschulden des Arztes geschlossen werden, wenn die ärztliche Behandlung einen Schaden zur Folge hat, der nach medizinischer Erfahrung typischerweise auf einen schuldhaften Behandlungsfehler zurückzuführen ist⁵. Aus dem Mißerfolg der Behandlung kann jedoch nicht prima-facie auf einen Kunstfehler geschlossen werden⁶. Da somit die Beweis-erleichterungen eng begrenzt sind, ist Schadensersatzprozessen gegen Ärzte wenig Erfolg beschieden.

1) BGH, VersR 58, 804.

2) BGH, VersR 57, 251.

3) BGH, VersR 53, 117 (8).

4) BGH, VersR 67, 663 (4); VersR 59, 598; 62, 528 (9); NJW 69, 553 (4); VersR 69, 310 (312); 70, 544 (5); vgl. ferner: Gaupp, Beweisfragen im Rahmen ärztlicher Haftungsprozesse, S. 60 f.

5) BGH, VersR 67, 663; VersR 69, 1148 (9); Stein-Jonas-Pohle, § 282 Anm. IV 7 a bb; Gaupp, a.a.O., S. 49 f. Ferner kann sich der Patient bei seinem Schadensersatzanspruch aus Vertragsverletzung nicht auf die Regel des § 282 BGB berufen, jedenfalls nicht bei Schäden aus einer Operation: vgl. BGH, VersR 69, 310 (312).

6) BGH, VersR 67, 663.

bb) Im Falle einer schuldhaften Vereitelung oder Erschwerung der Beweisführung¹ durch den Gegner wird z.T. eine Umkehr der Beweislast angenommen², z.T. wird die Beweisvereitelung analog §§ 427, 444 ZPO im Wege der freien Beweiswürdigung berücksichtigt³. Abgesehen von diesem Streit um die Begründung besteht jedoch Einigkeit, daß der Beweisnot in Fällen wie dem folgenden begegnet werden muß:

Der Kläger suchte wegen einer plötzlichen fieberhaften Infektion an der Bruchstelle seines eingerichteten Armes eine Klinik auf. Nach längerer Beobachtung mußte die Hand amputiert werden⁴. Der Patient behauptete, durch eine sofortige sachgerechte Behandlung wäre die Amputation zu vermeiden gewesen. Da das Krankenhaus es versäumt hatte, nach der Einlieferung eine bakteriologische Untersuchung vorzunehmen, konnte der Kläger nicht beweisen, daß eine sofortige Therapie eine wirksame Behandlung versprochen hätte. Aus der pflichtwidrigen Unterlassung ärztlicher Feststellungen leitete das Gericht jedoch ab, daß es der Klinik obliege, die Unschädlichkeit der Versäumnisse nachzuweisen.

Peters und Gerhardt⁵ lehnen es ab, zu diesem Ergebnis durch eine Beweislastumkehr zu gelangen. Der Lehre, die schuldhafte Beweisvereitelung unterliege der freien Beweiswürdigung, gebühre sowohl aus dogmatischen wie aus praktischen Gründen der Vorzug. Sie erlaube eine elastischere und daher

-
- 1) Welche Fälle hier im einzelnen in Betracht kommen: vgl. E. Schneider, Die Beweisvereitelung, MDR 69, S. 4f.
 - 2) So BGH, VersR 62, 528 (9); NJW 51, 643; BGHZ 3, 176; LM Nr. 15 zu § 287 ZPO; OLG Hamburg, MDR 68, 332; OGH brit. Zone, NJW 49, 146; vgl. Prölis, a.a.O., S. 87 f.; ferner die bei Peters, ZZP Bd. 82, S. 213, Anm. 92-94 angegebenen Entscheidungen; Blomeyer, LB, S. 369 f.; Stein-Jonas-Pohle, § 282 Anm. IV 7 b; Gaupp, a.a.O., S. 56.
 - 3) BGH, VersR 65, 567 (8); 65, 91 (2); 66, 951 (2); 63, 65 (6); 59, 255 (6); Peters, ZZP Bd. 82, S. 221; weiter die bei Peters S. 213 Anm. 96 angegebene Literatur; Gerhardt, Beweisvereitelung im Zivilprozeß, AcP Bd. 169, 289 f., 307; Rosenberg-Schwab, § 118/III 6, spricht von einem prima-facie-Beweis.
 - 4) Vgl. BGH, LM § 287 Nr. 15 ZPO.
 - 5) Gerhardt, a.a.O., AcP Bd. 169, 289 f., 307; Peters, a.a.O., ZZP Bd. 82, 221.

auch fallangemessenere Reaktion als die schematische Folge einer Umkehr der Beweislast. §§ 427, 444 ZPO bieten nach ihrer Meinung den gesetzlichen Anknüpfungspunkt.

Diese Ansicht kann jedoch nicht geteilt werden, denn die Entscheidung über die ausreichende Substantiierung einer Behauptung kann nicht erst bei der Beweiswürdigung nach freiem Ermessen des Gerichts getroffen werden. Die Parteien müssen in jeder Phase des Prozesses feststellen können, ob ihr Vortrag ihr Begehren stützt; mit anderen Worten: die Schlüssigkeit muß auch für die Parteien kontrollierbar sein. Diese Kontrolle ist, wenn die Entlastung über die Beweiswürdigung bewirkt wird, nur möglich, wenn die Lücke in der Darlegung durch feststehende Erfahrungssätze ausgefüllt wird. Bei einer Beweisvereitelung gibt jedoch kein Erfahrungssatz Auskunft, wie sich der verdeckte Sachverhalt zugetragen hat. Die bei der Beweiswürdigung entscheidende Überlegung lautet, ob die Folgen einer Handlung oder eines Unterlassens dem Gegner zugerechnet werden können. Die dem Beweispflichtigen nicht mehr mögliche Aufklärung wird dabei dem Gegner dann angelastet, wenn die Ursache seinem Einflußbereich entspringt. Dies ist jedoch der Gedanke, der zur Beweislastumkehr führt. Diese ist an feste Voraussetzungen geknüpft und tritt bei deren Vorliegen zwingend ein¹. Der Darlegungspflichtige kann diese Umkehr daher für sein Vorbringen von vornherein berücksichtigen.

1) Auch E. Schneider, MDR 69, 4 f.(7) betont, daß die Typizität der Sachlage verbietet, von einer freien Beweiswürdigung auszugehen. Andererseits lehnt er aber auch (S. 8) die Annahme einer Beweislastumkehr ab. Er kommt aber durch die Anwendung der Regeln über die unzulässige Rechtsausübung zu einem der hier vertretenen Auffassung ähnlichen Ergebnis. In Beweis und Beweiswürdigung, S. 15, 30 betont er, daß die Grundsätze der Beweisvereitelung Sätze der Lebenserfahrung sind, welche die Beweiswürdigung generalisieren und die Überzeugung des Richters weitgehend ausschalten.

b) Über die Beweiswürdigung

Auch im Wege über die Beweiswürdigung wird dem Beweispflichtigen die Darlegung erleichtert - jedoch nicht, wie bei der Umkehr der Beweislast, gänzlich genommen.

Dies geschieht durch den Beweis des ersten Anscheins. Der Anscheinsbeweis füllt die Lücke, die der Beweisführer mangels eigener Kenntnis bei der Darlegung der schadensbegründenden Umstände oder des Verschuldens des Gegners offenlassen muß¹. Er setzt einen Sachverhalt voraus, der nach der Lebenserfahrung regelmäßig auf einen bestimmten Verlauf hinweist und der so sehr das Gepräge des Üblichen und Gewöhnlichen trägt, daß die besonderen Umstände des einzelnen Falles in ihrer Bedeutung zurücktreten. Die Darlegungslast des Beweispflichtigen verringert sich auf die für die Anwendung des Anscheinsbeweises vorzutragenden Tatsachen:

Der Beklagte befuhr mit einem Beifahrer nachts bei leichtem Regen eine gerade, ausreichend breite, gleichmäßig leicht ansteigende Bundesstraße. Aus unerfindlichen Gründen kam das Fahrzeug von der Fahrbahn ab und prallte gegen einen rechts der Straße stehenden Baum. Der Mitfahrer wurde durch den Aufprall getötet. Der zum Konkursverwalter über den Nachlaß bestellte Kläger begehrte vom Fahrer Schadensersatz, weil er den Unfall und damit den Tod des Mitfahrers schuldhaft verursacht habe.

-
- 1) Diederichsen, Zur Rechtsnatur und systematischen Stellung von Beweislast und Anscheinsbeweis, VersR 66, 211 f.; BGH, VersR 62, 997 (8); 59, 255 (6); 66, 734. Blomeyer, Beweislast und Beweiswürdigung, 46. DJT, unterscheidet zwischen dem prima-facie-Schuldbeweis und dem Anscheinsbeweis für den Nachweis beliebiger Tatsachen. Während der prima-facie-Schuldbeweis zu einer "irgendwie-Feststellung" führe, verhindere der Anscheinsbeweis ein Vordringen von der Wahrscheinlichkeit zur Wahrheit. Gegen seine Anerkennung bestünden daher Bedenken.
 - 2) OLG München, VersR 67, 484; weitere Beispiele bei Baumbach-Lauterbach, Anhang zu § 282 3 C.

Zur Begründung seiner Forderung konnte der Kläger nur den Unfall und den Tod des Mitfahrers dartun. Ein Verschulden des Beklagten konnte er hingegen nicht durch Tatsachen belegen. Diesen Vortrag nahm dem Kläger jedoch der Beweis des ersten Anscheins ab: Dem ersten Anschein nach verletzt ein Fahrer, der auf gerader und übersichtlicher Straße von der Fahrbahn abkommt und gegen einen Baum fährt, die Pflicht zur verkehrserforderlichen Sorgfalt und verursacht den Unfall schuldhaft. Ebenso spricht der erste Anschein dafür, daß der bei dem Unfall oder unmittelbar nach dem Unfall verstorbene Mitfahrer den durch den Aufprall erlittenen Verletzungen erlegen ist. Der Kläger genügte somit seiner Darlegungspflicht, als er die Folgen der Tat aufzeigte.

Die Rechtsprechung verwendet hier Erfahrungssätze als Hilfsmittel bei der Beweiswürdigung und gestattet dem Beweisführer, bei seiner Darlegung auf diese Erfahrungssätze Bezug zu nehmen und damit seine Darlegungslast zu vermindern. Dadurch wird seiner Beweisnot Rechnung getragen!

c. Über eine durch die Billigkeit bestimmte Auslegung des § 403 ZPO

Will der Beweis "pflichtige" Themen, deren Darlegung Sachverstand erfordert, substantiiert vortragen, wird er dazu oft wegen der Kompliziertheit der zu beweisenden Materie nicht fähig sein. Zum Beispiel:

Der Kläger hatte bei einer ärztlichen Behandlung Verbrennungen erlitten. Er klagte auf Schadensersatz gegen den behandelnden Arzt, da dieser einen Kunstfehler begangen habe. Er stellte im Verfahren den Beweis Antrag, Sachverständige darüber zu hören, daß kein Unglücksfall vorliege.

Da der Arzt durch die Darlegung seiner Diagnose und Behandlung konkret bestritten hatte, einen Kunstfehler begangen zu haben, war die klägerische Behauptung unzureichend substantiiert. Dennoch wurde dem Beweis Antrag stattgegeben. Es wurde dem Beweispflichtigen eingeräumt, daß er mangels medizinischer Kenntnisse zu näheren Angaben nicht in der Lage war.

-
- 1) Blomeyer, Beweislast und Beweiswürdigung, 46. DJT, E 10: Grund für den Anscheinsbeweis sei die Beweisnot des Verletzten.
 - 2) BGH, VersR 65, 792 (3).
 - 3) BGH, VersR 65, 792 (3).

Gemäß § 403 ZPO ist der Sachverständigenbeweis durch die Bezeichnung der zu begutachtenden Punkte anzutreten. Auch die durch einen Sachverständigen zu beurteilenden Fakten müssen grundsätzlich - wie jedes Beweisthema - konkret bezeichnet sein. Ist jedoch die zu beweisende Materie so kompliziert, daß der Beweisführer die zur Schlüssigkeit seines Vorbringens notwendigen Behauptungen aus seiner Kenntnis und seinem Wissen nicht aufstellen kann, so ist von dem Laien keine sachverständig substantiierte Darlegung zu fordern. Dieser hat den laienhaft konkretisierten Beweis Antrag gestellt, damit seine Vermutungen vor Gericht durch Sachverständige verbindlich geklärt werden.¹ § 403 ZPO verlangt keine wissenschaftliche Substantiierung, denn Gegenstand des Sachverständigenbeweises sind nicht konkret benannte Erfahrungssätze, sondern die bezeichneten Punkte. Diese können auch laienhaft dargelegt werden. Der Sachverständige begutachtet den ihm unterbreiteten Sachverhalt auf Grund seines Fachwissens.

Ferner ist diese Entlastung des Beweisführers auch ein Gebot der Billigkeit: müßte er zur Konkretisierung seiner Behauptung außergerichtlich einen Sachverständigen bemühen, so bedeutete dies eine doppelte Heranziehung von Sachverständigen. Denn in aller Regel wird auch das Gericht der Vermittlung der Sachkunde bedürfen und dazu ein gerichtliches Gutachten einholen. Durch die Kosten einer zusätzlichen privaten Beratung durch einen Sachverständigen würde dem Laien die Rechtsverfolgung unnötig erschwert.

Diese Erleichterung für den Beweisführer wirkt sich insbesondere in einem auf die Feststellung der Vaterschaft gerichteten Verfahren aus²:

-
- 1) Vgl. OLG Köln St, FamRZ 68, 49 (50).
Eine andere Frage ist, ob diese "Ausforschung" zulässig ist. Siehe dazu 4. Kapitel, S. 208 f.
 - 2) Vgl. OLG Köln, JR 58, 261; BGHZ 5, 306; Esser, MDR 52, 537 (8); Jessen, MDR 56, 263; OLG Celle, FamRZ 71, 315 (6).
Aus dem Beschluß des OLG Köln, JR 1958, 261 geht hervor, daß der 4. Senat des OLG Köln im Beschluß vom 28.2.1957 noch forderte, das klagende Kind müsse besonders auffällige, auf die Vaterschaft mit Wahrscheinlichkeit hinweisende Merkmale glaubhaft machen.

Zur Begründung des Antrags, ein erbbiologisches Gutachten einzuholen, muß der Mann, der seine Vaterschaft widerlegen will, keine besonders auffälligen Merkmale dartun, die gegen die Abstammung von ihm sprechen. Die Unterschiede in Blutgruppe, Blutfarbstoff, Pigmentierung, Irisstruktur, Hautleisten usw.¹ sind nur auf Grund besonderer Fachkenntnis feststellbar. Ausreichend ist vielmehr die Behauptung, das Kind habe keine Ähnlichkeit mit ihm.

D. Die Zurücknahme des Beweisantrags

Der Antragsteller kann den Beweisantrag solange zurücknehmen oder auf ein Beweismittel verzichten, als die Beweisaufnahme noch nicht durchgeführt ist². Durch den Verzicht entfällt die Pflicht des Gerichts, dem Antrag zu entsprechen und ihn zurückzuweisen. Ein solcher Verzicht kann zwar auch konkludent erklärt werden, jedoch wird eine derartige Interpretation des Parteiverhaltens im Verfahren erster Instanz nur ausnahmsweise möglich sein. Ist eine Beweiserhebung über ein Beweisthema erstmalig beantragt, so kann ein Verzicht nicht im bloßen Stillschweigen der Partei gesehen werden³. Nur wenn "besondere Umstände" auf einen Verzichtswillen deuten, bejaht die Rechtsprechung einen stillschweigenden

-
- 1) Vgl. S. 28 dieser Arbeit.
 - 2) Vgl. Teplitzky, Der Beweisantrag im Zivilprozeß und seine Behandlung durch die Gerichte, JuS 67, 71 (74) und Der Beweisantrag im Zivilprozeß, DRiZ 1970, 280 f.
 - 3) Auch wenn eine Partei in einem früheren Schriftsatz einen Antrag gestellt hat und diesen im weiteren Verlauf des Verfahrens nicht wiederholt hat, so liegt darin kein nachträglicher Verzicht auf das in dem Antrag benannte Beweismittel. Auch aus § 295 ZPO, der einen nachträglichen Verzicht auf die Einhaltung von Verfahrensvorschriften vorsieht, kann ein Verzichtswille nicht hergeleitet werden, denn § 295 ZPO regelt den Verzicht auf Verfahrensrügen, nicht aber den Verzicht auf ein Beweismittel. Vgl. BGH, VersR 68, S. 257 (8); Stein-Jonas-Pohle, § 295 Anm. II 1.

Verzicht¹. "Besondere Umstände" wurden angenommen, als ein Beweisbeschluß auf den Antrag nicht erging, die bisherige Beweiserhebung eindeutige Ergebnisse erbrachte und das Gericht zu erkennen gab, daß es die Beweisaufnahme als abgeschlossen ansah²:

Es war beantragt, die Zeugen A, B und T über ein Beweisthema zu vernehmen. Die Zeugen A und B äußerten sich bei der Beweisaufnahme eingehend und klar. Der Zeuge T war gemäß § 272b ZPO zu dem Termin geladen, erschien jedoch nicht. Nach der Beweisaufnahme erörterte das Gericht mit den Parteien das Beweisergebnis und verhandelte zur Sache. Am Ende der Sitzung wurde das Urteil verkündet. Das Urteil erging somit, ohne daß dem Antrag auf Vernehmung des T stattgegeben wurde. Das Gericht beschied den Antrag nicht, weil es davon ausging, der Antragsteller habe auf diesen Zeugen verzichtet; er habe keinen Vertagungsantrag gestellt und habe nach der Beweisaufnahme nicht auf der Vernehmung des T bestanden.

Wenn ein Antrag auf nochmalige Vernehmung gestellt und nicht beschieden ist, kann unter weniger strengen Voraussetzungen auf einen Verzichtswillen geschlossen werden³. Wiederholt eine Partei in der Schlußverhandlung diesen Beweisantrag nicht, so muß in aller Regel davon ausgegangen werden, daß sie den Antrag nicht aufrecht erhält.

1) BGH, VersR 63, 192; H. Arndt, Festlegung unerledigter Beweisanträge, DRiZ 1967, 301 und das dort zitierte OLG Urteil; vgl. auch Teplitzky, JuS 67, S. 74 u. Ordemann, Die Bezugnahme auf Beweisanträge im Zivilprozeß, NJW 64, 1308: Diese Ausführungen gehen von den zu allgemeinen Leitsätzen der Entscheidungen aus. Die Entscheidungsgründe zeigen, daß an die Annahme eines Verzichtswillens höhere Anforderungen gestellt werden. Auch kann z.B. nicht auf RG, JW 1938, S. 2367 Bezug genommen werden, da diese Entscheidung - wie aus den Gründen hervorgeht - nur für das Verfahren zweiter Instanz gilt.

2) BGH, VersR 63, 192.

3) Vgl. BAG, NJW 63, 1843; wiederum ist der Leitsatz sehr allgemein gehalten: "Wiederhole eine Partei nach durchgeführter Beweisaufnahme einen Beweisantrag nicht, so müsse in aller Regel ein Verzichtswille angenommen werden".

Im zweiten Rechtszug ist ein stillschweigender Verzicht auf die in der ersten Instanz angebotenen, aber nicht erhobenen Beweise anzunehmen, wenn die Partei nur allgemein auf die in erster Instanz eingereichten Schriftsätze Bezug nimmt¹. In zweiter Instanz müssen die Parteien den Streitstoff dem Gericht so unterbreiten, daß auch ohne ausführliches Aktenstudium erkennbar ist, aus welchen Gründen das Urteil angegriffen wird. Es ist ein Erfordernis vernünftiger Prozeßführung, daß eine Partei deutlich zum Ausdruck bringt, welche Beweiserhebungen sie vorgenommen haben will.

Diese relativ strengen Anforderungen für die Annahme eines stillschweigenden Verzichts sind gerechtfertigt, weil die Parteien mit den Beweisanträgen ihre Verantwortung für den Prozeßstoff erfüllt haben und es nun dem Gericht obliegt, die angebotenen Beweise zu erschöpfen. Es geht daher nicht an, von der Partei zu verlangen, daß sie in der Schlußverhandlung zum Ausdruck bringt, welchen Anträgen noch nachgegangen werden soll. Vielmehr gilt das gesamte Vorbringen der Partei in der Schlußverhandlung als vorgetragen (Grundsatz der Einheit der mündlichen Verhandlung)². Nur das Gericht kann entscheiden, ob die Beweise erschöpft sind, denn dies hängt weitgehend von der Beurteilung des bisherigen Beweisergebnisses ab.

1) BGHZ 35, 103 = NJW 61, 1458 = LM § 286 (E) Nr. 8 ZPO; BGH, VersR 64, 1293 (4); 63, 925 (8); 61, 1118 (9); 62, 546 (8); 66, 270 (1); RG, JW 1938, 2367 (Nr. 51); vgl. ferner Teplitzky, DRiZ 1970, 280 (1) und den von der BGH-Rechtsprechung abweichenden Beschluß des BVerfG in MDR 69, 545 (das BVerfG sieht in dem Verbot einer pauschalen Bezugnahme eine Verkürzung des rechtlichen Gehörs).

2) Vgl. Rosenberg-Schwab, § 81, IV, S. 387; Ordemann, Die Bezugnahme auf Beweisanträge im Zivilprozeß, NJW 64, 1308.

3. Kapitel

Die durch den Beweis Antrag begründeten Pflichten des Gerichts

A. Die Pflicht, die Beweise zu erheben.

I. Rechtsprechung und Literatur fordern, daß das Gericht einem ordnungsgemäßen Beweis Antrag stattgeben muß. Das Gericht habe die angebotenen Beweise zu erschöpfen¹.

Der Grundsatz der Beweiserhebungspflicht leitet das Vorgehen des Gerichts auf den Beweis Antrag. Er ist aber auch nur eine Maxime im Sinne einer selbstverständlichen und deshalb kaum begründeten Vorstellung². Es wird nicht dargelegt, warum dieser Grundsatz besteht und warum er durch die anerkannten Ablehnungsgründe durchbrochen ist. Eine Ablehnung kann aber nur rechtens sein, wenn die zur Beweiserhebung verpflichtenden Voraussetzungen bei einem Antrag nicht vorliegen oder wenn die Beweiserhebungspflicht durch das Verfahrensrecht aufgehoben ist.

1) So BGH, DRiZ 66, 381; 62, 167; VersR 62, 177; 59, 729; LM Nr. 11 zu § 286 (E) ZPO; BGHZ 53, 245, 259; Thomas-Putzo, § 284 Anm. 2; Baumbach-Lauterbach, § 286 Anm. 3 A; Brüggemann, a.a.O., S. 447; Schneider, Beweis und Beweiswürdigung, S. 39. Zum Teil wird die Beweiserhebungspflicht auf Beweis Anträge über erhebliche Tatsachen beschränkt (so BGH, NJW 1951, 481). Auch die Unerheblichkeit ist jedoch aus dem Grundsatz-Ausnahmeverhältnis zu verstehen.

2) Z.B. Peters, Aufsuchungsbeweis, S. 5: "Leitidee ist mir die Vorstellung, daß beweiserhebliche Behauptungen grundsätzlich zum Beweis zugelassen werden müssen." Begründungen finden sich bei: BGH, ZZP Bd. 79, S. 451; Stein-Jonas-Pohle, § 284 B I; Schmitt, Die Ablehnung von Beweis Anträgen im Verwaltungsprozeß, DVBl. 64, S. 465 (6).

II. Der Weg zum Verständnis der Ablehnungsgründe führt daher über das Verständnis der Beweiserhebungspflicht. Es ist zu klären, warum das Gericht auf einen Beweisantrag der Parteien Beweis erheben muß.

1. Wenn man von der Beweiserhebungspflicht des Gerichts auf einen Parteiantrag hin spricht, drängt sich im Hinblick auf die wachsende Beeinflussung aller Rechtsgebiete durch das Verfassungsrecht der Gedanke auf, daß der Antrag eines Verfahrensbeteiligten vom Gericht nicht übergangen werden kann, weil dies dem "Menschsein" des Antragstellers widerspräche. Das Recht des Prozeßbeteiligten auf Beachtung seines Standpunkts durch das Gericht hat die Verfassung in Art. 103 Abs. 1 GG anerkannt. Gemäß Art. 103/I GG ist den Parteien rechtliches Gehör zu gewähren.

Die Verfahrensgesetze haben diesem Gebot in mannigfacher Weise Rechnung getragen, so z.B. durch Normen, welche gebieten, Anträge durch Beschlüsse zu beschcheiden, wie z.B. §§ 244/VI StPO, 86/II VwGO, 358 ZPO.

Die ZPO enthält jedoch keine Bestimmung, die das Gericht ausdrücklich zur Beweiserhebung verpflichtet. In § 282 ZPO wird den Parteien nur die Last des Beweisaneutritts übertragen, eine Verpflichtung des Gerichts, dem Beweisaneutrag stattzugeben, wird nicht ausgesprochen. § 286 statuiert nur die Pflicht, unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaneutnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden.

Da die ZPO das Gericht nicht ausdrücklich zur Beweisaneuthebung verpflichtet, könnte diese Lücke

unmittelbar aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs auszufüllen sein, Voraussetzung wäre jedoch, daß Art. 103 GG das Gericht zu einer dem Antragsteller günstigen Entscheidung zwingt.

Nach herrschender Meinung¹ schützt Art. 103/I GG jedoch nur die Gelegenheit zur Äußerung vor Gericht.

Das BVerfG kennzeichnet das rechtliche Gehör als die Verpflichtung des Gerichts, "Anführungen und Ausführungen der Verfahrensbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und bei seiner Entscheidung in Erwägung zu ziehen"². Aus der Verpflichtung, "in Erwägung zu ziehen", hat das Verfassungsgericht bislang keine konkreten Folgerungen gezogen, so daß unklar geblieben ist, welche Pflichten dem Richter daraus erwachsen. Die Gewährung rechtlichen Gehörs fordert nach der Rechtsprechung des BVerfG jedenfalls nur, daß den Verfahrensbeteiligten die Möglichkeit geboten sein muß, sich zu den Tat- und Rechtsfragen des Verfahrens zu äußern und Anträge zu stellen.

Auch die herrschende Lehre leitet aus Art. 103/I GG keine Konsequenzen für die Beweisaufnahme ab:

Nach dem Kommentar von Maunz-Dürig³ wird Art. 103/I GG durch die gesamte Beweisaufnahme nicht berührt.

Stein-Jonas-Pohle⁴ führen aus: "Das Recht auf rechtliches Gehör schließt kein Recht auf bestimmte Beweiserhebungen ein. Derartige Rechte können gegebenenfalls nur aus anderen zivilprozessualen Grundsätzen abgeleitet werden".

1) Maunz-Dürig, Art. 103 Anm. 28, 31, 73; Stein-Jonas-Pohle, Vor § 128 IX 2 c; Baur, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, AcP Bd. 153, 393 f. (410); Röhl, Das rechtliche Gehör, NJW 53, 1531; BGH, ZZP Bd. 79, 451; BVerfGE 5, 24; Schmitt, DVBl 64, 465.

2) BVerfGE 22, 267, 273; E 21, 102, 103/4; Endemann, Tendenzen in der Rechtsprechung des BVerfG zum rechtlichen Gehör, NJW 69, 1197 f.

3) Maunz-Dürig, Art. 103, Anm. 73.

4) Stein-Jonas-Pohle, vor § 128 IX 2 c.

Schultz¹ hat die herrschende Meinung folgendermaßen wiedergegeben: "Es geht zuweit, in der fehlerhaften Entscheidung über Beweisangebote bereits eine Verletzung des rechtlichen Gehörs zu sehen. Insoweit handelt es sich um eine rein verfahrensrechtliche Frage. Rechtliches Gehör finden, heißt nicht, auch eine rechtlich richtige Entscheidung erhalten".

Auch ein Revisionsurteil des BGH in einer Zivilsache² hat ausgesprochen, ein Übergehen eines Beweisangebots sei kein Verstoß gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs.

Die h. M. unterscheidet also zwischen dem Recht, vor Gericht Anträge zu stellen und der inhaltlichen Bescheidung eines Antrags.

Die Gegenmeinung lehnt diese Differenzierung ab³. Sie betont, daß Art. 103/I GG den Verfahrensbeteiligten als "Rechtssubjekt" anerkenne. Dieser Stellung sei nur Genüge getan, wenn die Partei nicht nur Anträge stellen könne, sondern das Gericht auch verpflichtet sei, dem Antrag entsprechend zu verfahren. Erst durch diese Pflicht werde das Gehör zu einem "rechtlichen".

Für eine sachgerechte Auslegung des Art. 103/I GG erscheint die von Arndt aufgezeigte Trennung von Verfahrensrecht und Verfassungsrecht ein geeigneter

-
- 1) Schultz, Blick in die Zeit, MDR 1959, 175. Da die maßgeblichen Beiträge im Jahre 1959 veröffentlicht wurden, gibt dieser Beitrag immer noch die h.M. wieder.
 - 2) BGH, ZZP Bd. 79, S. 451. (Auf dieses Urteil beruft sich auch Teplitzky, DRIZ 70, 280 (1)).
 - 3) Habscheid in der Anmerkung zum Urteil des BGH, ZZP Bd. 79, 451, S. 452 f.; Arndt, Das rechtliche Gehör, NJW 59, 6 f., und Die Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs, NJW 59, 1297 f.; Jagusch, Über das rechtliche Gehör im Strafverfahren, NJW 59, 265 f. (nur zum Teil übereinstimmend); Eb. Schmidt, Vorb. 22 zu § 244 StPO.

Ansatz¹. Arndt legt dar, daß das Verfahrensrecht unmittelbar darauf abzielt, den Wahrheitsgehalt der richterlichen Sachverhaltsfeststellung zu sichern, während das Verfassungsrecht primär die Stellung der Beteiligten als Rechtssubjekt schützt.

Mit einem Beweisantrag erstrebt eine Partei die Aufklärung des Sachverhalts in ihrem Sinn. Da mit dem Antrag eine Entscheidung des Gerichts begehrt wird, verlangt der Grundsatz des rechtlichen Gehörs, daß sich das Gericht mit dem Antrag befaßt und ihn, wenigstens sinngemäß, bescheidet. Darüber hinaus überläßt es Art. 103/I GG den Verfahrensordnungen, den Inhalt und die Form der Entscheidung festzulegen². Wie die Entscheidung lautet, ist daher davon abhängig, ob der Antrag den im Gesetz bestimmten oder aus dem Gesetz abzuleitenden Anforderungen entspricht. Die gesetzliche Regelung ist von verfahrensrechtlichen, dem Verfassungsrecht z.T. fremden Gesichtspunkten, wie der Prozeßökonomie, abhängig. Diese Abwägung des Gesetzgebers, welcher Einfluß im Kampf um die Wahrheit den Prozeßsubjekten zukommt, hat Niese als das Problem jeder Prozeßgesetzgebung betrachtet³: Es sei ein Problem, das unter verschiedenen Gesichtspunkten, auch dem der Zweckmäßigkeit, vom Verfahrensrecht entschieden werden müsse.

1) Arndt, NJW 59, S. 1298.

Arndt betont einerseits, daß es verfassungsrechtlich nicht maßgeblich ist, wie das Gericht den Beweisantrag erledigt - ob es ihn verfahrensrechtlich richtig oder fehlerhaft wegen Nichterheblichkeit auf Grund einer vorweggenommenen Würdigung usw. ablehnt - andererseits hält er es aber doch für möglich, daß die Ablehnung eines Beweisantrages Art. 103 GG verletzt. Wie durch eine Ablehnung aber das Einflußrecht mißachtet werden kann, wenn es auf die Richtigkeit der Entscheidung nicht ankommt, ist nicht einsichtig.

2) So BVerfGE 18, 405; ähnlich Baur, AcP Bd. 153, S. 403.

3) Vgl. Niese, Doppelfunktionale Prozeßhandlungen, S. 47f.

Die Reaktion des Gerichts auf einen Beweisantrag muß daher aus dem Verfahrensrecht abgeleitet werden.

2. Damit ist auch beantwortet, daß aus dem sog. Justizgewährungsanspruch keine Verpflichtung des Gerichts, auf Beweisanträge Beweis zu erheben, hergeleitet werden kann, denn der Grundsatz des rechtlichen Gehörs "enthält den verfassungsrechtlichen Schutz des Justizgewährungsanspruchs"¹. Rechtliches Gehör finden heißt nicht nur, vom Gericht angehört zu werden, sondern maßgebend auch eine Entscheidung erlangen. Das rechtliche Gehör verbürgt daher einen Anspruch auf ein Tätigwerden des Gerichts².

Der Justizgewährungsanspruch verpflichtet die Rechtspflege, den Streitfall zu prüfen und nach bester Überzeugung zu entscheiden³. Das Gericht ist zur Gewährung von Rechtspflege, d.h. zur Annahme der Klage, zur Anberaumung der Termine, zur Sichtung des Prozeßstoffes, zur Durchführung von Beweiserhebungen und zum Erlaß von Entscheidungen verpflichtet. Hingegen können sich die Parteien nicht auf den Justizgewährungsanspruch berufen, um einer ungünstigen Entscheidung des Gerichts zu begegnen. Der Staat erfüllt seine Justizgewährungspflicht nicht erst, wenn die Entscheidung der wahren Rechtslage entspricht, sondern schon dann, wenn die Gerichte den Fall in dem vorgesehenen Verfahrensweg nach pflichtgemäßer Prüfung aller

1) Baur, AcP Bd. 153, 396 f; Eb. Schmidt, Teil I, Rdnr. 17; Niese, a.a.O., S. 25; a.A. Rosenberg-Schwab, LB, § 85/I: Der Anspruch auf Justizgewährung habe seine Grundlage allein im Rechtsstaatsprinzip.

2) Vgl. Baur, AcP, Bd. 153, 398, 399.

3) Eb. Schmidt, I, Rdnr. 41; Schwab, Zur Wiederholung des Rechtsschutzanspruchs, ZZP Bd. 68, 412 f.; Blomeyer, Der Rechtsschutzanspruch im Zivilprozeß, in: Festschrift für E. Bötticher, S. 61 f., insbes. S. 61, 63 f.; Blomeyer, LB, S. 5, 6; BGHZ 37, 113, 120, 121; Brüggemann, a.a.O., S. 119.

Umstände behandeln¹.

Der Justizgewährungsanspruch erlaubt damit keine Aussage über den Inhalt der begehrten Entscheidung. Er konkretisiert das rechtliche Gehör für die Kenntnisaufnahme und Bescheidung der Anträge. Auch durch eine mit Gründen versehene Ablehnung eines Beweisantrags wird dem Justizgewährungsanspruch Rechnung getragen.

3. Auch die Rechtsstaatlichkeit des Prozesses kann das Gericht nicht zur Beweiserhebung verpflichten². Das Verfahrensrecht ist als formelles Recht in verschiedener Weise ausgestaltbar, ohne daß dadurch die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit tangiert würden³. Daß gerade die Wahrheitsfindung auf verschiedene Weise geregelt sein kann, wurde schon herausgestellt⁴. Nur das Verfahrensrecht kann festlegen, wie weit der Sachverhalt aufzuklären ist und welcher Einfluß dabei den Parteien einzuräumen ist.

-
- 1) Vgl. Baumgärtel, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß, S. 93; Sax, Das unrichtige Sachurteil als Zentralproblem der allgemeinen Prozeßrechtslehre, ZZP Bd. 67, 21 f., S. 40; ebenso für den sog. Beweiserhebungsanspruch, Alsborg-Nüse, a.a.O., S. 62; Die Rechtsschutzfunktion des Beweiserhebungsanspruchs wird ebenso durch eine begründete Ablehnung erfüllt.
 - 2) So aber Schmitt, Die Ablehnung von Beweisanträgen im Verwaltungsprozeß, DVBl 64, 465 (6): Die Beweiserhebungspflicht ergebe sich aus der Rechtsstaatlichkeit des Prozesses, die es dem Bürger ermöglichen müsse, einer Feststellung des Sachverhalts durch die Behörden wenigstens im gerichtlichen Verfahren wirksam entgegenwirken zu können und so zu einer erschöpfenden Aufklärung der tatsächlichen Entscheidungsgrundlagen beizutragen.
 - 3) Niese, a.a.O., S. 47.
 - 4) Siehe oben S.76

III. Da die verfassungsrechtlichen Anforderungen hinter einer verfahrensrechtlichen Lösung zurückstehen, ist zu erörtern, ob das Verfahrensrecht das Gericht verpflichtet, auf Parteiantrag Beweis zu erheben.

1. Da es gilt, die Reaktion des Gerichts auf einen Parteiantrag festzulegen, liegt es nahe, zunächst an der von J. Goldschmidt entwickelten Kategorie der Erwirkungshandlung anzuknüpfen¹.

Beweisanträge der Parteien werden den sog. Erwirkungshandlungen zugerechnet, da sie ein Begehren an das Gericht enthalten, eine bestimmte Entscheidung zu erlassen². Der Richter muß also auf sie reagieren. Der Prozeß wird nicht - wie bei einer Bewirkungshandlung - durch den Parteiakt ohne Tätigwerden des Gerichts unmittelbar beeinflußt.

Dennoch ist mit dieser Pflicht zur Reaktion der Inhalt der Entscheidung noch nicht festgelegt³. Die Qualifizierung einer Prozeßhandlung als Bewirkungs- oder Erwirkungshandlung entscheidet nur darüber, ob die prozessuale Rechtslage allein durch die Parteihandlung oder nur im Zusammenhang mit einem richterlichen Akt gestaltet wird. Die beantragte Beweiserhebung ist davon abhängig, ob der Antrag geeignet ist, die begehrte Entscheidung herbeizuführen. Der mit der Erwirkungshandlung verknüpfte Zweck wird schon dann erfüllt,

-
- 1) J. Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage, S. 362 f., insbes. 364 f.; Eb. Schmidt, I, Rdnr. 213 f.; Baumgärtel, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung, S. 93, 94; Bruns, LB, S. 291.
 - 2) J. Goldschmidt, a.a.O., S. 367.
 - 3) J. Goldschmidt, a.a.O., S. 367; Baumgärtel, a.a.O., S. 93, 94.

wenn das Gericht auf den Antrag tätig wird, gleichgültig, zu welchem Ergebnis es gelangt. Die Entscheidung ist von einer vom Richter vorzunehmenden "Denkoperation tatsächlicher und rechtlicher Art" abhängig¹.

Der Antrag als Erwirkungshandlung zwingt den Richter daher nur, sich mit dem Antrag zu befassen, führt aber unmittelbar keine dem Begehren entsprechende Entscheidung herbei. Diese Verpflichtung zur Bescheidung des Antrags wird im Zivilprozeß dadurch erfüllt, daß entweder dem Antrag durch Beweisbeschuß oder formlos stattgegeben (§§ 358, 357 a ZPO) oder der Antrag in den Urteilsgründen abgelehnt wird.

2. Wird im Zivilprozeß von einer Partei eine Beweiserhebung beantragt, so zwingt die in § 286 Abs. 1 ZPO niedergelegte Pflicht "zur Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlung" und zur fehlerfreien Sachverhaltsfeststellung das Gericht, Beweisansträgen stattzugeben, die einer Entscheidung nach der Beweislast oder auf Grund irrtümlicher Feststellungen begegnen können.

a) § 286 Abs. 1 ZPO fordert vom Richter, daß er den gesamten Inhalt der Verhandlung berücksichtigt.

Durch einen Beweis Antrag verändert sich der Inhalt der Verhandlung. Alsberg² hat dies für den Strafprozeß treffend folgendermaßen gekennzeichnet: "durch den Beweis Antrag entfällt die souveräne

1) Eb. Schmidt, I. Rdnr. 215.

2) Alsberg-Nüse, a.a.O., S. 17.

Beurteilung der Sachlage durch den Richter". Der Richter ist gezwungen, zu den unter Beweis gestellten Behauptungen ausdrücklich Stellung zu nehmen. Er kann einen Beweis Antrag nicht beiseite lassen, ohne ihn geprüft zu haben¹.

Bei seiner Entscheidung hat der Richter darauf zu achten, daß seine Beweiswürdigung durch ein Übergehen des Beweis Antrags nicht fehlerhaft wird². Zwar ist der Richter gemäß § 286 Abs. 1 ZPO in der Würdigung des Sachverhalts frei. Freie Überzeugung heißt aber nur, daß der Richter bei der Beweiswürdigung nicht an Beweisregeln gebunden ist³.

-
- 1) Er hat den Inhalt der Verhandlungen zu erschöpfen ; vgl. Strack, Die Übergehung eines Beweis Antritts als Revisionsgrund im Zivilprozeß, SJZ 1949, S. 829 f., 830. Strack leitet aus der Pflicht zur Erschöpfung der Verhandlung ab, daß das Gericht einen Beweis Antritt nur dann übergehen darf, wenn es auf ihn für die zu treffende Entscheidung nicht ankommt.
 - 2) Daß § 286 ZPO verletzt wäre, wenn das Gericht einen Beweis Antrag überginge, betonen: BGH NJW 52, 931 (3), RG 94, 144; Strack, SJZ 1949, S. 829 f.; Wieczorek, § 286 Anm. C; Schönke-Kuchinke, S. 274, 275; Guido Esser, Der Ausforschungsbeweis, S. 207; Stein-Jonas-Pohle, § 284 Anm. B I, Brüggemann, a.a.O., S. 447 und Roggemann, a.a.O., S. 36 begründen die Beweiserhebungspflicht mit der "Wahrheitsforschungspflicht" das Gericht, dem Prinzip der "materiellen Wahrheit" und dem "auf die bestmögliche Sachaufklärung ausgerichteten Ziel des Beweisverfahrens".
 - 3) Vgl. z. B. Schönke-Kuchinke, S. 253; Stein, a.a.O., S. 32.

b) Bei der Feststellung des Sachverhalts darf der Richter die in § 282 ZPO vorgesehene Mitwirkung der Parteien bei der Wahrheitsfindung - die Ausdruck der im Zivilprozeß geltenden Verhandlungsmaxime ist¹ - nicht ignorieren. Das Gericht verstieße gegen § 286 Abs. 1 ZPO, wenn es ein Beweisangebot ohne hinreichenden Grund nicht ausschöpfte. Es hat selbst einen nach seiner Ansicht wenig aussichtsreichen Beweis zu erheben, denn die Erfahrung lehrt, daß auch ein solcher Beweis-antrag erfolgreich sein kann².

Ist es somit für die Beweiserhebungspflicht von Bedeutung, daß die Parteien befugt sind, an der Sachverhaltsfeststellung mitzuwirken, so ist weiter zu fragen, inwieweit dieses Mitwirkungsrecht begrenzt ist. Nur wenn der Antragsteller die ihm obliegende Aufgabe, Beweise für seine relevanten Behauptungen anzubieten, wahrnimmt, muß der Richter dies anerkennen und die Beweisaufnahme anordnen.

aa) Aus der Verhandlungsmaxime ergibt sich keine Beschränkung des Antragsrechts³. Denn diese besagt nur,

-
- 1) Insofern kann man die gerichtlichen Pflichten aus der Verhandlungsmaxime ableiten. So sehen Stein-Jonas-Pohle, § 284 B I; A. Schönke, Festschrift für Rosenberg, S. 217; Brüggemann, a.a.O., S. 447; Nagel, a.a.O., S. 262, in der Verhandlungsmaxime in Verbindung mit der Förderung der materiellen Wahrheit die Grundlage der Beweiserhebungspflicht.

Im Verfahren mit Amtsermittlung ist es die Pflicht zu einer umfassenden Sachverhaltsaufklärung, die das Gericht zwingt, die Anträge zu beachten.

- 2) Ähnlich BGHZ 53, 260.
- 3) Daher kann allein aus der Geltung der Verhandlungsmaxime nicht auf eine im Vergleich zum Verfahren mit Untersuchungsmaxime erleichterte Ablehnbarkeit von Beweisanträgen geschlossen werden. Die von Rechtsprechung und Literatur vertretene Meinung (BGH, FamRZ 64, 253; FamRZ 64, 150; Baumbach-Lauterbach, § 640 Anm. 3 bei § 622/I ZPO; Rosenberg-Schwab, LB, § 119 II 2 a), im Verfahren mit Untersuchungsgrundsatz sei bei der Ablehnung von Beweis-anträgen als "unzulässige Ausforschung" "größte Zurückhaltung geboten", ist dahin zu verstehen, daß die Amtsermittlung das Gericht zwingt, diesen Anträgen im Sinne einer Anregung nachzugehen.

daß beide Parteien die Verantwortung für die tatsächlichen Grundlagen des Urteils tragen. Der Verhandlungsgrundsatz verpflichtet lediglich das Gericht, nur den von den Parteien vorgebrachten Prozeßstoff als Urteilsgrundlage zu berücksichtigen, oder negativ formuliert: er verbietet dem Gericht, die Wahrheitsfindung weiter voranzutreiben als die Parteien gestatten¹.

bb) Inwieweit die Parteien an der Sachverhaltsaufklärung mitzuwirken befugt sind, ist danach zu bestimmen, inwieweit ein Übergehen des Beweisantrags sie belastet². Denn die Aufklärungspflicht des Gerichts auf Antrag einer Partei kann nicht weitergehen, als dies das Interesse des Antragstellers gebietet. Wieweit dieses Interesse des Antragstellers reicht, soll - ausgehend von der Lehre über die Beweislast - dargestellt werden.

Die Lehre über die Beweislast beruht auf der Erkenntnis, daß der Sachverhalt nicht immer genügend aufgeklärt werden kann - sei es, daß die Parteien keine Beweise antreten, sei es, daß sie mit ihren Beweismitteln scheitern, sei es, daß die Ermittlung von Amts wegen nicht zum Ziele führt. Da dieses sog. "non liquet" in der Tatfrage nicht auch zu einem "non liquet" in der Rechtsfrage führen darf, sondern der Richter zur Justizgewährung verpflichtet ist und daher eine Entscheidung treffen muß, geht die Nichtaufklärbarkeit einer Tat-

1) Vgl. zum Verhandlungsgrundsatz insbes. Brüggemann, S. 100 f., insbes. S. 107, 108, 109, 118, 119; Maetzel, Beweislast und Beweiserhebung im Verwaltungsprozeß, DÖV 66, 520, 521; J. Goldschmidt, a.a.O., S. 387 f.

Auch Stein-Jonas-Pohle, § 282 IV 2, stellen heraus, daß die Verhandlungsmaxime nur von der Aktivität der beweisbelasteten Partei ausgeht.

2) Die Beweisführung ist auch im Verfahren mit Untersuchungsgundsatz eine Last einer Partei, denn Beweislastregeln bestehen in jedem Verfahren: Vgl. Brüggemann, a.a.O., S. 109; Bernhardt, JR 66, 322; Lüke, JZ 66, 587 (9); Bettermann, 46.DJT, NJW 66, 2050; Leipold, a.a.O., S. 127, 193.

sache zu Lasten einer der beiden Parteien.

Welche Partei dies ist, regeln die Beweislastnormen. Man spricht von der "objektiven" Beweislast der Partei, zu deren Nachteil die Beweislosigkeit wirkt¹. Die Beweislast obliegt im Prinzip derjenigen Partei, deren Begehren ohne Anwendung des für sie sprechenden Rechtssatzes keinen Erfolg haben kann. Jede Partei trägt nach diesem groben Schema die Beweislast für die Voraussetzungen der ihr günstigen Norm: der Kläger für die rechtsbegründenden Tatsachen, der Beklagte für die rechtshindernden, rechtshemmenden oder rechtsvernichtenden Tatsachen². Die Verteilung der Beweislast steht mit der Darlegung von Anspruch und anspruchsbegründendem Sachverhalt fest. Jede Partei weiß bereits zu diesem Zeitpunkt, daß sie unterliegen wird, wenn die ihr günstigen Tatsachen nicht bewiesen werden. Die beweisbelastete Partei wird daher trachten, den Prozeßstoff vorzutragen und unter Beweis zu stellen.³

Für den "Normalfall" eines Beweisangebots der beweisbelasteten Partei ergibt sich daher:

-
- 1) Vgl. Rosenberg, Die Beweislast, S. 24 f.; Blomeyer, LB, S. 341. Gleichbedeutend ist der Begriff der "materiellen" Beweislast, den z. B. Schönke-Kuchinke, S. 260, verwenden.
 - 2) Vgl. Stein-Jonas-Pohle, § 282, Anm. IV 2; Rosenberg-Schwab, LB, § 118, Anm. III 2.
 - 3) Vgl. dazu Bruns, Richterliche Bindung und richterliche Freiheit im Zivilprozeßrecht, in Annales Universitatis Saraviensis 1953 II 4, S. 237 f., 239, 243. Auch Alberg-Nüse, a.a.O., S. 15, 16 gehen davon aus, daß im Zivilprozeß die Beweisangebote aus der Last einer Partei zu verstehen sind, sich über bestimmte Tatsachen zu erklären, "ansonsten sie die Folgen der Tatsachenfeststellung gegen sich hat".

Bietet sie für eine umstrittene und bislang nicht bewiesene Tatsache Beweis an, so kann durch eine erfolgreiche Beweiserhebung eine Entscheidung nach der Beweislast vermieden werden. Die Aufklärung wird von der Partei angestrebt, von der diese Aktivität erwartet wird und die durch eine fehlende Aufklärung belastet würde. Dem Beweis Antrag ist daher stattzugeben.

Da im Zivilprozeß die Beweislast zwischen den Parteien aufgeteilt ist, könnte man daran denken, die Beweiserhebungspflicht nur an solche Beweis Anträge zu knüpfen, die von der beweisbelasteten Partei ausgehen. Anträge der nichtbeweisbelasteten Partei wären abzulehnen.

Die herrschende Meinung zieht diese Konsequenz auf Grund der Lehre von der subjektiven Beweislast¹: Während die objektive Beweislast die Entscheidung des Richters für den Fall der Beweislosigkeit bestimme, sich also nur am Ende des Verfahrens auswirke, verlange die subjektive Beweislast von der beweisbelasteten Partei den Beweis antritt. Biete die

1) Zur subjektiven Beweislast:

Rosenberg, Beweislast, S. 18 f.; Stein-Jonas-Pohle, § 282 Anm. IV 2, Bruns, LB, S. 282 f.; Schönke-Kuchinke, S. 259, 260;
Zur Ablehnung des Antrages der nicht beweisbelasteten Partei: Rosenberg, Beweislast, S. 22 f.; Rosenberg-Schwab, LB, § 118 I 3 b und § 119 I 3 a (andererseits halten sie in § 113 II 4 den Gegenbeweis vor dem Hauptbeweis für zulässig); Stein-Jonas-Pohle, § 282 IV 1 b; Blomeyer, LB, S. 342, 368; Schönke-Kuchinke, LB, S. 258; Brüggemann, a.a.O., S. 356; Bolgiano, Zur Lehre vom Beweisbeschluss, ZZP Bd. 18, 335 f., 337 f.; Pagenstecher, Zur Lehre von der materiellen Beweislast, S. 177 f.; Zeiss, Zivilprozeßrecht, S. 177, 178; Weber, Zum Beweis antritt der nichtbeweispflichtigen Partei, NJW 1972, 896; A.A. die auf S. 88 Anm. 1 zitierten Autoren.

nichtbeweisbelastete Partei den Gegenbeweis¹ vor dem Hauptbeweis an, so sei ihr Beweisantrag abzulehnen.

Dies sei an folgendem - von Bernhardt angeführten² - Fall dargelegt:

Bei einer Darlehensklage wendet der auf Rückzahlung verklagte Darlehensschuldner Erfüllung ein, ohne dafür Beweis anzutreten. Er behauptet, er habe dem Kläger den geschuldeten Betrag überwiesen.

Obgleich dem Beklagten der Beweis der Einwendung obliegt, bietet der Kläger Beweis dafür an, daß keine Zahlung des Beklagten bei ihm eingegangen ist. Der Kläger will diesen Beweis durch die Vorlage seiner Geschäftsbücher, in denen alle Zahlungen vermerkt seien, erbringen.

Unter Berufung auf die Regeln der subjektiven Beweislast lehnt es die herrschende Meinung ab, diesen Beweis zu erheben, obwohl diese Urkunden auch Beweise liefern könnten, die für den Beweisbelasteten sprechen und eine Entscheidung nach der Beweislast überflüssig machen³.

1) Zur Terminologie:

Während die beweisbeschwerte Partei den "Hauptbeweis" zu führen hat, spricht man von einem "Gegenbeweis", wenn der Gegner Beweis für die Unrichtigkeit der Behauptungen des Beweisbelasteten anbietet. Durch den Gegenbeweis soll, wenn der Hauptbeweis bereits erhoben wurde, die bereits begründete Überzeugung des Gerichts erschüttert werden. Unter den Begriff des "Gegenbeweises" fällt nicht ein Antrag, durch den eine Einwendung bewiesen werden soll. Solange der Klagegrund bestritten und unbewiesen ist, ist es überflüssig, in den Beweis der Einwendung einzutreten: Vgl. dazu Wach, Vorträge, S. 212.

Zum Begriff des Gegenbeweises vgl. Rosenberg-Schwab, LB, § 113 II 4; Rosenberg, Beweislast, S. 193; Blomeyer, LB, S. 362.

- 2) Bernhardt, LB, S. 223: wegen "zweifelloser Beweislast" will Bernhardt den Gegenbeweis nicht erheben (aber: welcher Partei die Beweislast obliegt, richtet sich nach objektiven Regeln. Werden bei Zweifeln über die Beweislastverteilung beide Parteien zum Beweis zugelassen, so wird damit die objektive - wenn auch unklare - Regelung außer Acht gelassen. Die Berechtigung, unter Berufung auf die subjektive Beweislast einen Beweisantrag abzulehnen, wird damit in Frage gestellt).

- 3) Vgl. dazu Leonhard, Die Beweislast, S. 133.

Diese Meinung wäre folgerichtig, wenn der nicht beweispflichtige Antragsteller in keiner Hinsicht durch eine unterlassene Aufklärung belastet würde. Bietet der Gegner jedoch Beweis an, obwohl ohne seinen Antrag auf Grund der Beweislastverteilung zu seinen Gunsten entschieden werden müßte, so kann er durch die Beweiserhebung erreichen, daß eine Entscheidung unterbleibt, die sich auf die Beweislast berufen muß. Diese Möglichkeit, zur vollen Aufklärung beizutragen, würde dem Beweisführer entzogen, wenn dem Beweisantrag nicht stattgegeben würde. Da das Gericht den Sachverhalt aber nur soweit zu überprüfen hat, als die Entscheidung dies erfordert¹, kann dieses Bestreben des Gegners nur dann eine Beweiserhebung rechtfertigen, wenn auf Grund des Beweisergebnisses auch eine Entscheidung zugunsten des Beweisbelasteten ergehen kann. Sollte die Entscheidung des Gerichts - gleichgültig, was die Beweisaufnahme ergibt - gegen die Partei ergehen, welcher die Beweislast obliegt², so wäre die Beweiserhebung tatsächlich überflüssig.

Jedoch kann mit Hilfe des angebotenen Gegenbeweises der entscheidungserhebliche Sachverhalt sowohl im Sinne des Antragstellers als auch im Sinne des Be-

1) Darauf weist Rosenberg, Die Beweislast, S. 23 oben, hin. Er verneint aber - m.E. zu Unrecht -, daß die Wahrheit der streitigen Behauptung durch den Gegenbeweis nicht feststellbar sei. Andererseits schreibt Rosenberg auf S. 23 unten, daß "mit Hilfe des vom Gegner angebotenen Beweismittels vielleicht doch eine Aufklärung des Sachverhalts zu erreichen gewesen wäre" und begründet die Ablehnung der Beweiserhebung nur mit den Regeln der Beweislast.

2) Dies behauptet Rosenberg, a.a.O., S. 23.

weisbelasteten aufgeklärt werden¹. Ob der Beweispflichtige zum Beispiel den einzigen Zeugen der strittigen Vereinbarung zum Nachweis des Vertragschlusses benennt oder ob dies der Gegner zur Widerlegung tut, ist für die Sachaufklärung unerheblich. Selbst wenn der Gegner "qualifiziert" bestritten und seine andere Darstellung unter Beweis stellt, kann dabei möglicherweise der Hauptbeweis erbracht werden. Ist z.B. die Hingabe von Geld als Darlehen strittig und bietet der nicht beweispflichtige Gegner Beweis zum Nachweis einer Schenkung an, so kann dieser Beweis auch ergeben, daß ein Darlehen vorliegt. Denn die Zeugenaussage oder die vorgelegte Urkunde gestatten auch eine solche Würdigung.

Da somit auch ein vor dem Hauptbeweis angebotener Gegenbeweis den Sachverhalt zugunsten des Beweisbelasteten aufklären kann, sollten die Regeln der "subjektiven" Beweislast nicht die Sachverhaltsaufklärung beschneiden². Wenn ein "non liquet" vermieden werden kann, ist nicht entscheidend, wer etwas vorgetragen hat, sondern was dargetan ist³.

1) So auch Leonhard, a.a.O., S. 133; Schmid, LB des dt. Zivilprozesses, S. 476 Anm. 1; Grunsky, a.a.O., S. 365; Walther, Der Beweisantritt der nicht beweispflichtigen Partei, NJW 1972, 237 f. Auch Redeker, Beweislast und Beweiswürdigung, NJW 1966, 1777 (8) lehnt es ab, aus dem Begriff der subjektiven Beweislast Folgerungen zu ziehen. Stein-Jonas-Pohle, Vorbem. VII 1 d vor § 128 und A. Schmidt, Gleichwertiges Parteivorbringen, JZ 56, 559 (561) erkennen dies dann an, wenn der Beweis entgegen den Beweislastregeln erhoben wurde.

2) BGH, VersR 69, 453: "das Gericht dürfe nicht allein mit Rücksicht auf die Beweislast des Klägers eine für den Kläger ungünstige Tatsachenentscheidung treffen. Auf die Beweislast hätte das Berufungsgericht erst abstellen dürfen, wenn eine anderweitige Feststellung nach Erschöpfung der angebotenen Beweismittel nicht zu treffen gewesen wäre".

3) Rosenberg, Beweislast, S. 20, 21, 23; Leonhard, a.a.O., S. 133; Larenz, Methodenlehre, S. 242.

Das Gericht hat daher nicht nur Beweisanträgen der beweisbelasteten Partei sondern auch Gegenbeweisanträgen der nicht beweisbelasteten Partei über bislang nicht bewiesene Tatsachen stattzugeben¹. In beiden Fällen kann die Entscheidung nach der Beweislast vermieden werden. Beide Parteien sind daher zur Mitwirkung bei der Sachverhaltsfeststellung berufen.

Sind bereits Tatsachen vorgebracht oder Beweise erhoben, die dem Gericht Feststellungen ermöglichen, oder hat sich das Gericht bereits eine Überzeugung gebildet, so verlangen die kontradiktorische Gestaltung des Verfahrens und die Chancengleichheit der Parteien, der Gegenpartei die Gegendarstellung oder die Widerlegung zu ermöglichen. Man kann hier auch von einer "Gegenbeweislaster" sprechen, welche die andere Partei veranlaßt, den Gegenbeweis anzubieten.

Infolge der kontradiktorischen Gestaltung des Prozesses² wird von jeder Partei nur das Vorbringen der ihr günstigen Tatsachen erwartet³. Hat eine Partei ihre Ansicht vorgetragen, so obliegt es dem

1) So Leonhardt, a.a.O., S. 133; Schmidt, a.a.O., S. 476 Anm. 2; Grunsky, a.a.O., S. 365; Walther, NJW 1972, 237 f.

2) Stein-Jonas-Pohle, vor § 128 Anm. V 1; Alsberg-Nüse, a.a.O., S. 16.

3) Grenze ist die Wahrheitspflicht gemäß § 138 ZPO.

Gegner, sich auf diese Tatsachenbehauptung zu erklären. Erst aus dem gegensätzlichen Vortrag kann sich bei strittigen Tatsachen die Wahrheit heraus-schälen. Ebenso ist bei der Beweisführung beiden Parteien Gelegenheit zu bieten, ihre Behauptungen unter Beweis zu stellen.

Dies gebietet auch der Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien im Prozeß¹. Das Risiko des Prozeßausgangs muß zwischen den Parteien gleichmäßig verteilt sein. Die Prozeßgegner müssen, um mit einem von Bötticher² geprägten bildhaften Ausdruck zu sprechen, in gleicher Weise "die Waage in Bewegung setzen oder halten können".

Obliegt es somit dem Gegner, die Gefahr einer fehlerhaften ungünstigen Feststellung durch einen Gegenbeweis abzuwenden, so wird der Beweisanspruch für ihn zur prozessualen Last. Blomeyer³ und Rosenberg⁴ erblicken daher zu Recht in dieser Last zur Führung des Gegenbeweises eine Reflexwirkung der Beweislastnormen auf den Gegner.

Die in § 286 ZPO statuierte Pflicht zur Erschöpfung der Verhandlungen und zur fehlerfreien Wahrheitsermittlung veranlaßt das Gericht, nicht nur den beantragten Hauptbeweis, sondern auch den angebotenen

1) Bötticher, Die Gleichheit vor dem Richter, S. 9; Lent-Jauerning, LB, 13. Aufl., § 25 XI; Stein-Jonas-Pohle, vor § 128 Anm. V 2; Bötticher spricht von einer Vermutung, daß beiden Parteien entsprechende Befugnisse zustehen. Auf das Beweisantragsrecht übertragen bedeutet dies: löst der beantragte Hauptbeweis die Beweiserhebungspflicht des Gerichts aus, so muß dies auch für den Gegenbeweisanspruch gelten.

2) Bötticher, a.a.O., S. 9.

3) Blomeyer, LB, S. 368.

4) Rosenberg, Die Beweislast, S. 193 f.

Gegenbeweis zu erheben. Die Beweiswürdigung des Gerichts wäre fehlerhaft, würde es nicht die Gefahr irrtümlicher Feststellungen in Erwägung ziehen¹.

IV. Beweiserhebungspflicht des Gerichts - Beweiserhebungsanspruch des Antragstellers?

Da das Gericht dem Beweisantrag grundsätzlich stattgeben muß, könnte man daran denken, aus der Sicht der Parteien von einem Beweiserhebungsanspruch zu sprechen.

Der Begriff des "Beweiserhebungsanspruchs" wird von Alsberg verwandt²: Ein ordnungsgemäß gestellter Beweisantrag über erhebliche Tatsachen begründe einen "Beweiserhebungsanspruch". Dieser stelle allerdings nur ein Recht gegen das Gericht auf eine Entscheidung entsprechend der Rechtsordnung dar. Ihm werde auch durch eine negative Entscheidung Rechnung getragen. Werde der Beweisantrag abgelehnt, so sei der Beweiserhebungsanspruch nicht vorhanden, gehemmt oder verbraucht. Alsberg gelangt auf diese Weise zu einem systematischen Aufbau der Ablehnungsgründe.

Dieser "Beweiserhebungsanspruch" konkretisiert den "Rechtsschutzanspruch"³ für die Aufklärung des Sachverhalts auf einen Parteian-

1) Vgl. BGHZ 53, 260.

2) Alsberg-Nüse, a.a.O., S. 6 ff und S. 61 ff.; heute noch bei Berkholz, Diss., S. 2 verwandt.

3) Zum Begriff des Rechtsschutzanspruchs und dem Streitstand:
Rosenberg-Schwab, IB, § 3/II, S. 11 f.; Schwab, Zur Wiederbelebung des Rechtsschutzanspruchs, ZZP Bd. 81, S. 412; Stein-Jonas-Pohle, Einl. E I 3; Blomeyer, Der Rechtsschutzanspruch im Zivilprozeß, in: Festschrift für E. Böttcher, S. 61 f.

trag. Er verlangt vom Gericht eine Entscheidung nach der Rechtsordnung, also nicht nur - wie der sog. Justizanspruch¹ - lediglich eine Entscheidung im vorgesehenen Verfahrensweg nach pflichtgemäßer Prüfung aller Umstände².

Wenn auch dem Beweiserhebungsanspruch" nur durch eine sachlich richtige Entscheidung Rechnung getragen wird, so ist dennoch mit diesem Begriff nichts gewonnen. Denn der Umfang der Beweiserhebung richtet sich danach, was das Prozeßrecht bestimmt. Eine Aussage über den Inhalt der Entscheidung kann daher nur im Verein mit dem Verfahrensrecht gewonnen werden. Es ist daher "ebenso unschädlich wie nutzlos", von einem Beweiserhebungsanspruch zu sprechen³. Für den Antragsteller ist entscheidend, ob das Gericht nach dem Verfahrensrecht zur Beweiserhebung verpflichtet ist. Verstößt das Gericht gegen diese Pflicht, so kann er darauf ein Rechtsmittel stützen, da das Urteil auf einer fehlerhaften Sachverhaltsfeststellung beruhen kann⁴.

-
- 1) Im Gegensatz zum Rechtsschutzanspruch ist der sog. Justizanspruch als korrespondierendes Recht des Bürgers zu der Justizgewährungspflicht des Staates unstrittig: Vgl. Rosenberg-Schwab, § 3/I; Schwab, ZZP Bd. 81, S. 416 f.; Blomeyer, a.a.O., S. 63 f.
 - 2) Die unrichtige Entscheidung - ja selbst eine Rechtsbeugung - beeinträchtigt nicht die Beachtlichkeit des Urteils als prozeßbeendenden Tatbestands: Vgl. Sax, Das unrichtige Sachurteil, ZZP Bd. 67, S. 41.
 - 3) Vgl. dazu Blomeyer, a.a.O., S. 71, 72: Es sei ebenso unschädlich wie nutzlos, Einzelfragen des Verfahrensrechts als Fragen des Rechtsschutzanspruchs zu qualifizieren.
 - 4) Vgl. dazu Strack, Die Übergehung eines Beweisantritts als Revisionsgrund im Zivilprozeß, SJZ 49, 830 f.

Da der Begriff des Beweiserhebungsanspruchs keine selbständige verfahrensrechtliche¹ Bedeutung hat und zudem gegen seine Verwendung ähnliche Bedenken bestehen wie gegen den sog. Rechtsschutzanspruch², sollte man den Ausdruck vermeiden. Es ist überzeugender, von der Beweiserhebungspflicht des Gerichts zu sprechen.

-
- 1) Der Begriff des Rechtsschutzanspruchs kann nur dem materiellen öffentlichen Recht zugehören: vgl. Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht, S. 13.
 - 2) Vgl. Rosenberg-Schwab, LB, § 3/II und Schwab, ZZP, Bd. 81, S. 412 f., insbes. 415:
Es sei nicht gerechtfertigt, von einem "Anspruch" zu sprechen, wenn es an der Durchsetzbarkeit fehle. Während der Justizanspruch vor dem BVerfG durchgesetzt werden könne, sei "die Entscheidung nach der Rechtsordnung" von keiner weiteren unabhängigen Instanz auf ihre sachliche Richtigkeit nachprüfbar.
Stein-Jonas-Pohle (im Anschluß an die zitierten Arbeiten von Pohle) und Blomeyer, a.a.O., S. 67 f. sehen hingegen keine Bedenken gegen die Verwendung des Anspruchsbegriffs: Habe der Gesetzgeber die Rechtsstellung einer Partei verstärkt, so sei es auch gerechtfertigt, von einem Anspruch auf Respektierung dieser Stellung zu sprechen. Als Sanktion komme außerdem § 839 BGB, Art. 34 GG in Betracht.

B. Die Pflicht zur Beweiserhebung und der Grundsatz
des Verbots einer vorweggenommenen Beweiswürdigung

I. Das Gericht hat die beantragten Beweise zu erheben, um das Urteil auf einen der Wahrheit entsprechenden Sachverhalt zu stützen¹.

Dieses Anliegen würde nicht erreicht, wenn es dem Gericht gestattet wäre, vor der Beweiserhebung die mit dem Beweisantrag angesprochenen Fragen zu würdigen und wegen zu geringer Wahrscheinlichkeit den Beweisantrag abzulehnen. Bei seiner Beweiswürdigung muß der Richter die Behauptungen der Parteien auf Grund der durch die Beweiserhebung gewonnenen Eindrücke gegeneinander abwägen. Das Gericht würde eine Partei benachteiligen, wenn es auf eine Beweiserhebung verzichtete.

Das Verbot der vorweggenommenen Beweiswürdigung besagt somit, daß der Tatrichter die angebotenen Beweise auf sich einwirken lassen muß, um sachgerecht über die Wahrheit der behaupteten Tatsachen urteilen zu können.

Es verbietet dem Gericht folgende Überlegungen:

1. Es untersagt, die Beweiserhebung und die Beweiswürdigung durch Vermutungen über das Ergebnis der Beweisaufnahme zu ersetzen². Die Wahrscheinlichkeit

1) Vgl. BVerwG, ZLA 66, 318 (9); BGH, ZMR 62, 310.

2) BGH, VersR 63, 1035; DRiZ 62, 167; 63, 28; VersR 62, 177; 58, 340; OGHZ 1, 347 (353) = NJW 49, 382; OLG Köln, VersR 70, 1163 = JZ 70, 657; BVerwG, NJW 66, 1441; ZLA 66, 318; vgl. für das Strafrecht: Löwe-Rosenberg, § 244 Anm. IV 9.

oder Unwahrscheinlichkeit einer Behauptung, der geringe Wert eines Beweismittels rechtfertigen es nicht, eine Beweiserhebung zu verweigern. Der Tatrichter kann daher einen Beweis Antrag nicht mit der Begründung zurückweisen, der angebotene Beweis könne das Gericht nicht von der Wahrheit überzeugen. Er muß vor der Beweiswürdigung den Beweis erheben. Anschaulich zeigt dies das folgende Beispiel:

Bei einem Überholvorgang war es zu einem Zusammenstoß gekommen, da das überholte Fahrzeug nach links abbog. Die Entscheidung des Rechtsstreits hing u.a. davon ab, ob der Abbieger die beabsichtigte Richtungsänderung angezeigt hatte¹. Das Berufungsgericht rechnete dem Kläger ein Mitverschulden an, da der Beklagte bereits 45 - 50 m vor dem Linksabbiegen seine linke Blinkleuchte eingeschaltet gehabt habe. Zu dieser Feststellung sah sich das Berufungsgericht durch die Aussage des Beifahrers des überholten Fahrzeugs vor der Polizei sowie des Fahrers eines dahinter fahrenden LKW's veranlaßt. Das beigezogene Protokoll über die Aussage eines weiteren Zeugen im Strafverfahren, das Blinklicht sei erst im Augenblick des Abbiegens eingeschaltet worden, betrachtete das Gericht nicht als beweiskräftig. Dem Antrag des Klägers, den Zeugen im laufenden Verfahren zu hören, wurde nicht stattgegeben: Eine Vernehmung sei nicht erforderlich. Es könne unterstellt werden, daß der Zeuge seine Aussage vor dem Prozeßgericht aufrechterhalten werde. Es lasse sich nicht ausschließen, daß er das frühere Aufleuchten des Blinklichts nur deshalb nicht wahrgenommen habe, weil er hierauf nicht geachtet habe. Da er von dem Fahrzeug erheblich entfernt gewesen sei, sei es sogar naheliegend, daß er das erste Aufleuchten des Blinklichts nicht beobachtet habe. Der Bundesgerichtshof hat diese Argumentation als unzulässige vorweggenommene Beweiswürdigung gerügt, denn das Vorbringen sei geeignet, das verkehrswidrige Verhalten des Beklagten darzutun.

1) Vgl. BGH, VersR 63, 1035.-

2. Ein beantragter Gegenbeweis kann nicht mit der Begründung abgelehnt werden, der Tatrichter sei bereits vom Gegenteil überzeugt. Es muß dem Beweisführer stets möglich bleiben, den Gegenbeweis zu führen¹.

Bei einem Zusammenstoß zwischen einem Linksabbieger und einem entgegenkommenden Fahrzeug hatte das Berufungsgericht die Ansprüche des geradeausfahrenden Klägers in vollem Umfang für gerechtfertigt erklärt². Das Vorbringen des Beklagten, den Kläger treffe eine Mitschuld, weil er das Abbiegemanöver rechtzeitig hätte erkennen können, ersuchtete das Gericht für nicht bewiesen. Auf Grund einer Aussage des Beifahrers des Klägers stellte es fest, der Beklagte habe sich auf ein Hupzeichen des Klägers wieder nach rechts gewandt und sei auf seiner Fahrbahnseite weitergefahren.

Diese Aussage des Zeugen suchte der Beklagte durch folgenden Beweisantrag zu entkräften: Der Kläger und sein Beifahrer hätten unmittelbar nach dem Unfall in Anwesenheit einer Zeugin erklärt, sie hätten weder den Beklagten noch die hinter ihm fahrende Zeugin gesehen. Das Gericht hat diesen Beweisantrag übergangen.

Der Beklagte erblickte in diesem Vorgehen einen Verfahrensfehler. Der BGH bestätigte diese Ansicht: Die Aussagen der Zeugin könnten geeignet sein, die Glaubwürdigkeit des Beifahrers zu erschüttern. Das Berufungsgericht habe daher von der Vernehmung dieser Zeugin nicht absehen dürfen.

Das Verbot der vorweggenommenen Beweiswürdigung besagt somit, daß dem erhobenen Beweis kein Vorrang vor dem angebotenen Beweis eingeräumt werden darf. Der angebotene Beweis darf nicht mit Rücksicht auf den bereits erhobenen Beweis als wertlos abgelehnt werden.

1) Alsberg-Nüse, 2. Buch § 3, S. 77 f.; BGH, VersR 61, 423; BGHZ 53, 260; vgl. ferner oben S.89,90.

2) Vgl. BGH, VersR 61, 423.

3. Eine Tatsache, für welche Beweis angeboten ist, kann nicht als wahr unterstellt werden¹, wenn die Entscheidung von dieser Tatsache abhängt².

Eine derartige verbotene Wahrunterstellung würde etwa folgendermaßen aussehen:

In einer Wirtschaft war es zu einer Rauferei gekommen. Der Kläger verlangt Schadensersatz, da der Beklagte ihn bei der Rauferei auf den Kopf geschlagen habe und infolge dieses Schlages bei ihm Sehstörungen eingetreten seien, die eine ärztliche Behandlung erforderlich machten.

Der Kläger bietet für den Schlag auf den Kopf und die Kausalität zwischen Schlag und Sehstörung Beweis an.

Das Gericht erhebt keinen Beweis über den Schlag, sondern unterstellt als wahr, daß der Kläger während der Rauferei vom Beklagten am Kopf getroffen wurde. Es konzentriert die Beweiserhebung auf den Nachweis der Ursächlichkeit. Nach der Würdigung der erhobenen Beweise bejaht es die Kausalität³ und gibt der Klage statt.

1) Zur Wahrunterstellung vgl. insbes.: Stein-Jonas-Pohle, B III 3d zu § 284 ZPO; Schönke, Der Umfang der Beweisaufnahme im Zivilprozeß, in: Festgabe für Rosenberg, S. 217 f., 224, 225; Schneider, ZZP Bd. 75, 207 f.; Schneider, Beweis und Beweiswürdigung, S. 127.

2) Nur dann kann man von einem selbständigen Ablehnungsgrund sprechen: Vgl. Schönke, a.a.O., 224, 225; Schneider, ZZP Bd. 75, 207 f.
Ist die Tatsache unerheblich, wird die "Unterstellung als wahr" als gedankliches Hilfsmittel der Erheblichkeitsprüfung verwandt: Vgl. z.B. BGH, VersR 67, 663 (4): Das Gericht unterstellt die Behauptung als richtig und verneint deren Erheblichkeit. In manchen Entscheidungen wird erst aus den Gründen ersichtlich, daß es auf die als wahr unterstellte Tatsache nicht ankommt; vgl. z.B. BGH, VersR 67, 1182 (5).

Zur Wahrunterstellung im Sinne einer Erheblichkeitsprüfung vgl. ferner: BGH, VersR 58, 630 (1); 58, 301 (2); 59, 277 (8); 60, 1046 (7); 65, 343 (5); 66, 579; 65, 164; BGHZ 14, 363; NJW 62, 676; BGH, LM § 539 Nr. 1 ZPO.

3) Würde es die Kausalität verneinen, so wäre die als wahr unterstellte Tatsache unerheblich.

In ihrer sachlichen Aussage und Wirkung gleicht diese Wahrunterstellung einer erfolgreich durchgeführten Beweisaufnahme. Unterstellt wird die behauptete Tatsache in ihrem wirklichen Sinn und vollen Inhalt¹, nicht ein davon abweichendes vermutetes Ergebnis der Beweisaufnahme². Es wird eine strittige Tatsache festgestellt und der Entscheidung zugrunde gelegt³.

Zwar kann das Gericht auch ohne Beweiserhebung einer bestrittenen Behauptung folgen, da § 286 ZPO die freie Würdigung des Vorbringens gestattet⁴. Der Tatrichter muß aber die für die Überzeugungsbildung maßgeblichen Gründe anführen.

Diese müssen die getroffenen Feststellungen so wahrscheinlich erscheinen lassen, daß vernünftige Zweifel schweigen. Ist ein Beweisantrag gestellt, so bietet sich dem Gericht eine sicherere Grundlage für sein Urteil⁵. Will der Richter den Sachverhalt umfassend würdigen, so muß er den Anträgen nachgehen. Der Richter kann sich daher nicht auf seine

-
- 1) BGH, VersR 63, 755; BGHZ 53, 260; BGHSt, NJW 1968, 1293.
 - 2) Darin läge "eindeutig" eine unzulässige Vorwegnahme der Beweiswürdigung. Wollten die Gerichte eine Tatsache als wahr unterstellen, so haben sie öfter gegen dieses Verbot verstoßen; Vgl. BGH, FamRZ 64, 150; VersR 63, 1035; 59, 729; DRiZ 66, 381; NJW 51, 481; LM Nr. 11 zu § 286 (E) ZPO; BVerwG, NJW 68, 1441; ZLA 66, 318.
 - 3) Da der Beweisantrag damit seine Bedeutung verlöre, würde die "Wahrunterstellung" zur Ablehnung des Beweisantrags berechtigen; vgl. Alsberg-Nüse, a.a.O., S. 146; Kleinknecht, § 244 Anm. 16.
 - 4) BGH, FamRZ 68, 244; LM § 286 (B) Nr. 4, 10 ZPO.
 - 5) BGH, LM § 286 (B) Nr. 10 ZPO; VersR 62, 281; a.A. Jansen, FGG, § 12 Anm. 74: Er hält eine Überzeugungsbildung ohne Beweisaufnahme für zulässig.

"Überzeugung"berufen, wenn er eine strittige Tatsache als wahr unterstellt¹.

Diesen Bedenken gegen eine Wahrunterstellung wollen Rechtsprechung und Literatur² durch die Forderung Rechnung tragen, eine Wahrunterstellung dürfe sich objektiv niemals zu Lasten des Gegners auswirken. Eine bestrittene Tatsache könne nur dann der Entscheidung gegen eine Partei zugrunde gelegt werden, wenn sie bewiesen sei. Spreche die behauptete Tatsache aber nicht zu Lasten des Gegners, so könne sie auch durch eine Unterstellung als wahr in der Entscheidung verwertet werden. Überlegt man sich aber die Fälle, in denen diese Voraussetzungen vorliegen, so gelangt man zu dem Ergebnis, daß es eine Wahrunterstellung im Zivilprozeß nicht gibt:

Behauptet der Kläger eine dem Beklagten günstige Tatsache, so fehlt seinem Begehren die Schlüssigkeit³, denn er trägt einen Sachverhalt vor, der seinen Antrag nicht stützt. Eine Beweiserhebung oder ihr Ersatz durch eine Wahrunterstellung kommen deshalb nicht in Betracht.

1) auch Schneider, ZZP Bd. 75, S. 209, 210; von Brauchitz, Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder, Bd. I, 2. Halbband, S. 300 und der Hessische VGH, ESVGH Bd. 10, S. 149 erblicken darin eine unzulässige vorweggenommene Beweiswürdigung; ferner: Zeiss, Zivilpr.recht, S. 179

7) dies fordern BGHZ 14, 363 (4) und Schneider, ZZP Bd. 75, S. 209, 210.

8) so auch Schneider, ZZP Bd. 75, S. 210.

Ist es der Beklagte, welcher zwar das Vorbringen des Klägers bestreitet, darüber hinaus aber dem Kläger günstige Tatsachen vorbringt¹, die dessen Begehren auch rechtfertigen würden, so ist das Parteivorbringen "gleichwertig"²: der Klageantrag ist sowohl nach dem Vortrag des Klägers als auch nach den davon abweichenden Behauptungen des Beklagten begründet. Die Aufklärung der unterschiedlichen Behauptungen ist für die Entscheidung unerheblich.

Würde in dem Beispiel der Schlägerei in einer Wirtschaft der Kläger keinen Beweis anbieten, jedoch der Beklagte unter Beweis stellen, daß er den Kläger nicht geschlagen hat und würde dieser Beweis nicht erhoben³, sondern nach der Beweislast entschieden, so würde im Ergebnis so verfahren, als ob dieser Beweis Erfolg gehabt hätte. Man könnte hier von einer Wahrunterstellung sprechen⁴, die den Kläger insofern nicht schlechter stellt, als die Entscheidung ohne den Antrag des Beklagten ebenso gelaute hätte. Jedoch ist der Beweis-antrag gestellt. "Nicht zu Lasten des Beweispflichtigen" würde die Wahrunterstellung daher nur geschehen, wenn durch die Beweiserhebung der Hauptbeweis nicht erbracht werden könnte. Da die Entscheidung auf Grund des Beweisergebnisses jedoch auch gegen den Antragsteller ergehen kann⁵ - denn die Beweiswürdigung kann ergeben, daß der Beklagte den Kläger mit der Faust traf -, würde sich die Wahrunterstellung zu Lasten des Klägers auswirken. Es ist daher Beweis zu er-

-
- 1) Sollte sich der Kläger das Vorbringen hilfsweise zu eigen machen, dann könnte die Entscheidung ergehen, weil der hilfsweise Vortrag unstrittig ist: vgl. Stein-Jonas-Pohle vor § 128 IV e u. Anm. 15, § 138 I 1 d.
 - 2) Vgl. dazu S. 120 dieser Arbeit.
 - 3) Vgl. S. 85 f. dieser Arbeit mit Nachweisen.
 - 4) So Stein-Jonas-Pohle, § 284 B III d.
 - 5) Vgl. S. 87, 88 dieser Arbeit.

heben¹.

Es ist damit festzustellen, daß eine strittige, erhebliche Tatsache im Zivilprozeß nicht als wahr unterstellt werden kann.

Die Strafprozeßordnung enthält in § 244/III jedoch den Ablehnungsgrund der "Wahrunterstellung". Daraus kann für den Zivilprozeß keine Aussage gewonnen werden, da der Gesetzgeber in der StPO die Anforderungen an die Wahrheitsfindung zugunsten des Angeklagten herabgesetzt hat, während im Zivilprozeß eine derartige Anordnung nicht getroffen werden kann:

Im Strafprozeß wird eine Tatsache als wahr unterstellt, wenn eine den Angeklagten entlastende Tatsache behauptet wird und diese dem Gericht nach dem Ergebnis der bisherigen Verhandlung unwiderlegbar erscheint². Das Gericht stellt die Unwiderlegbarkeit vor der Beweisaufnahme fest. Darin liegt eine vorweggenommene Beweiswürdigung. Der Gesetzgeber konnte in der StPO aus Gründen einer rechtsstaatlichen Besserstellung des Angeklagten diese Beweisantizipation gestatten, da der Strafprozeß nur eine einseitige Beweislast kennt, alle Zweifel also zu Lasten des Staates gehen.

1) Dies bestätigt die auf S. 89 vertretene Ansicht.

2) Vgl. dazu Löwe-Rosenberg, § 244 Anm. V 7 c; Alsbach-Nüse S. 148 f.; Kleinknecht, § 244 Anm. 16; a.A.: J. Goldschmidt, a.a.O., S. 454 hält eine solche Unterstellung auch im Strafprozeß für nicht statthaft. Sie widerspreche der prozessualen Stellung des Richters im allgemeinen und dem Untersuchungsgrundsatz im besonderen.
Vgl. ferner: BGH bei Dallinger, MDR 1971, 897: entscheidend sei der jeweilige Stand des Ergebnisses der Beweisaufnahme.

Wollte man im Zivilprozeß ebenfalls diese Vorauswürdigung zulassen, so dürfte sie sich nicht darauf beschränken, die Unwiderlegbarkeit der Behauptung vorweg festzustellen¹, denn dadurch käme man infolge der Aufteilung der Beweislast nicht zu dem Ergebnis, daß die Behauptung dem Behauptenden als wahr zuzurechnen ist, sondern der Beweisführer hätte den von ihm angestrebten Beweis nicht erbracht. Die Vorauswürdigung müßte daher im Zivilprozeß zu einer Aussage über die Wahrheit der Behauptung führen. Da erhebliche Behauptungen nur für eine der beiden Parteien günstig sind, würde durch die Unterstellung die Beweislage einer Partei verbessert und die der anderen verschlechtert, ja die Beweislast könnte sich infolge dieser Wahrunterstellung verschieben: Der Kläger könnte durch die als wahr unterstellte Tatsache die Voraussetzungen der klagebegründenden Norm dargetan haben, so daß nun die Behauptungs- und Darlegungslast auf den Beklagten überginge. Eine Beweislastverschiebung durch eine Beweisablehnung, die sachlich einer erfolgreichen Beweiserhebung gleichsteht, widerspricht aber einem Verfahren, das einen Wechsel der Beweislast auf Grund einer Tatsachenfeststellung nur als Folge einer Würdigung der erhobenen Beweise kennt.

1) So aber Jansen, FGG, § 12 Anm. 74.

II. 1. Unter dem Gesichtspunkt, daß ein Beweis mit den gesetzlich vorgeschriebenen Beweismitteln (Zeugen, Urkunden, Sachverständigen, Augenschein und Parteieinvernahme) zu führen ist, kann man die Beweiswürdigung mit Hilfe des sog. "Anscheinsbeweises" als Ausnahme vom Verbot der vorweggenommenen Beweiswürdigung¹ bezeichnen. Denn hier wirken sich die Erfahrungssätze dahin aus, daß die Tatsachenwürdigung des Richters an einen typischen Ablauf gebunden ist, so daß er den beantragten Hauptbeweis nicht zu erheben braucht.

Gerät ein Kraftwagen ohne ersichtlichen Grund auf den Bürgersteig, so muß der Richter kraft der Lebenserfahrung "prima facie" davon ausgehen, daß der Fahrer schuldhaft seine Fahrbahn verlassen hat².

-
- 1) Vgl. E. Schneider, Die zivilprozessuale Beweisantizipation in der neueren Rechtsprechung, MDR 1969, S. 268. E. Schneider hat hier die von der Rechtsprechung anerkannten Ausnahmen vom Verbot der Beweisantizipation zusammengestellt; vgl. auch die Ausführungen von Schneider in ZZP Bd. 75, S. 190 f. und in Beweis und Beweiswürdigung, S. 28 f., 39 f., 58 f.; ferner Sarstedt, Beweisregeln im Strafprozeß, Berliner Festschrift für E. Hirsch, S. 171 f. (176): Sarstedt spricht von "Beweisregeln", an die der Tatrichter gebunden sei. Zur Bedeutung der Erfahrungssätze vgl. ferner: Werner, Beweiswürdigung im Schadenersatzprozeß nach § 287 ZPO, S. 101 f.
 - 2) Denn auch durch den Anscheinsbeweis erlangt der Richter die volle Überzeugung (vgl. BGH, LM § 256 ZPO Nr. 45; Rosenberg, Die Beweislast, S. 187; Hainmüller, Der Anscheinsbeweis und die Fahrlässigkeitstat im heutigen deutschen Schadenersatzprozeß, S. 46. 47. A.A. Wassermeyer, Der prima facie Beweis, S. 2, 12, 15, 31, 99: der Anscheinsbeweis sei subsidiärer Natur.

Versinkt ein Nichtschwimmer in einer Badeanstalt an einer Stelle, die gefährlich tief ist, so spricht der Beweis des ersten Anscheins für eine Kausalbeziehung zwischen der Tiefe und dem eingetretenen Tod¹.

Solange in diesen Fällen nicht die ernsthafte Möglichkeit eines anderen Geschehensablaufs dargetan ist², kann und muß³ der Richter davon ausgehen, daß der konkrete Fall dem gewöhnlichen Gang der Dinge entspricht.

2. Die hier zum Ausdruck kommende Bindung des Richters an Erfahrungssätze⁴ widerspricht nicht

1) BGH, LM Nr. 17 zu § 286 (C) ZPO.

2) Vgl. BGHZ 8, 169; Grunsky, a.a.O., S. 391.

3) In dem Sinne, daß eine andere Entscheidung die Revision begründet: z.B. weil der Richter die Grundsätze des Anscheinsbeweises verkannt hat, vgl. BGH, VersR 59, 679. Der Verstoß gegen Erfahrungssätze bei der Beweiswürdigung begründet die Revision, weil § 286 ZPO, der eine erschöpfende Würdigung verlangt, verletzt wird. Vgl. dazu Henke, Die Tatfrage, S. 126 f., 129, 169 f.; Kohlhosser, Anscheinsbeweis und freie richterliche Beweiswürdigung, AcP Bd. 165, S. 46 f., 54; Hainmüller, Der Anscheinsbeweis und die Fahrlässigkeitstat im heutigen deutschen Schadensersatzprozeß, S. 47 f. Entscheidend ist dabei die Erkenntnis, daß die Erfahrungssätze bei der Beweiswürdigung nicht als Obersätze bei der Subsumtion, sondern als Hilfsmittel der Sachverhaltsfeststellung Anwendung findet.

4) Man bezeichnet die Erfahrungssätze daher auch als die "Beweisregeln" unseres heutigen Zivilprozeßrechts: Nachweise siehe bei Hainmüller, a.a.O., S. 36; vgl. ferner Sarstedt, Beweisregeln im Strafprozeß, in Festschrift für E.E. Hirsch, S. 171 f. (176 f.).

der in § 286 ZPO niedergelegten freien Beweiswürdigung und dem Verbot der Beweisantizipation: Freie Beweiswürdigung heißt, daß der Richter nur in den gesetzlich angeordneten Fällen an Beweisregeln gebunden ist. Im übrigen bestimmt er nach freier, wenn auch begründeter Überzeugung, ob eine Behauptung wahr ist¹.

Stein² hat die Situation des Richters bei der Beweiswürdigung zutreffend wie folgt beschrieben: "Die freie Beweiswürdigung hat den Richter von den Fesseln gelöst, die ihn früher hinderten, den ganzen Schatz seiner Lebenserfahrung in den Dienst der Wahrheitsfindung zu stellen. Dabei bestehen gewisse Erfahrungssätze, die daher gesetzlich nicht niedergelegt zu werden brauchten."

Gehört somit zu einer fehlerfreien Beweiswürdigung die Berücksichtigung der Erfahrungen des Lebens³, so kann mit Hilfe von Erfahrungssätzen auch ohne Beweisaufnahme auf die Wahrheit oder

1) Vgl. Schönke-Kuchinke, S. 253; Rosenberg, Beweislast, S. 180.

2) Stein, Das private Wissen des Richters, S. 32, 33; ähnlich Otto Wendt im Jahre 1880, AcP Bd. 63, 256.

3) Ferner hat der Richter die Denkgesetze zu beachten. Diese erlauben jedoch als formale Regeln des Denkablaufs keine Aussage über die Wahrheit oder über die Eignung des Antrags zur Wahrheitsfindung. Eine Überzeugungsbildung mit Hilfe bloßer Denkregeln ist daher ausgeschlossen; vgl. Sellke, Die Revisibilität der Denkgesetze, S. 6 f., 9; Wassermeyer, Der prima facie Beweis, S. 63. Ermöglichen Denkgesetze zwar keine Beweiswürdigung, so kann ein Verstoß gegen die Logik doch die Beweiswürdigung in Frage stellen. Bei der Heranziehung von Denkgesetzen ist jedoch Vorsicht geboten, da ein vermeintlicher Verstoß gegen die Logik bei der Tatsachenfeststellung meistens eine Verletzung von Erfahrungssätzen darstellen wird; vgl. Henke, Die Tatfrage, S. 129 f.

Unwahrheit von Tatsachen oder auf die Nichteingangnahme eines Beweismittels geschlossen werden.

Zwar engen die Erfahrungssätze den Spielraum richterlicher Überzeugung ein¹. Dennoch bleibt die Freiheit der Beweiswürdigung erhalten², denn Erfahrungssätze gelten nicht absolut, sondern sind in ihrer Anwendung von den konkreten Umständen des einzelnen Falles abhängig. Der Tatrichter muß entscheiden, ob die allgemeine Regel auch im konkreten Fall Anwendung findet³. Ferner obliegt es dem Tatrichter, die Beweiskraft des einzelnen Erfahrungssatzes und somit seine Auswirkung für die Beweiswürdigung festzulegen⁴.

-
- 1) Vgl. Henke, Individualität und Anscheinsbeweis, JR 61, 48 f., 52.
 - 2) Dies verneinen Kohlhosser, Anscheinsbeweis und freie richterliche Beweiswürdigung, AcP Bd. 165, 46 f., 50, 51, 55 f. und Wassermeyer, a.a.O., S. 12.
 - 3) Leonhard, Die Beweislast, S. 192; im Ergebnis ebenso Blomeyer, Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsprozeß, Gutachten für den 46. deutschen Juristentag, S. 27: Die Bindung an Erfahrungssätze hält sich noch durchaus im Rahmen des § 286/I ZPO, der eben keine schrankenlose Freiheit gewährt; ebenso Rosenberg-Schwab, LB, § 114: Es handele sich um eine immanente Schranke der freien Beweiswürdigung; ferner Schneider, Beweis und Beweiswürdigung, S. 60 und Werner, a.a.O., S. 106.
 - 4) So wünscht Stein, a.a.O., S. 39 dem deutschen Richter mehr Unbefangenheit bei der Bejahung der Allgemeingültigkeit von Erfahrungssätzen, während Sarstedt, a.a.O., S. 229 Zurückhaltung empfiehlt. Hainmüller, a.a.O., S. 35, 36 stellt demgegenüber m.E. mit Recht heraus, daß der Tatrichter bei der Beurteilung der Beweiskraft der Erfahrungssätze gebunden ist, da diese jedem bewertenden Ermessen entzogen sind. Dies zeigt insbesondere die Kontrolle des Tatrichters beim Anscheinsbeweis durch die Revisionsinstanz (vgl. so z.B. die Zusammenstellung von Gerichtsentscheidungen in VersR 66, 212 f.).

Das Verbot einer vorweggenommenen Beweiswürdigung will sicherstellen, daß der Tatrichter sich nicht auf seine freie Überzeugung beruft, ohne den unmittelbaren Eindruck einer Beweisaufnahme gewonnen zu haben. Ist die Tatsachenwürdigung des Richters aber gebunden, weil eine erschöpfende Beweiswürdigung die Berücksichtigung bestimmter Erfahrungssätze gebietet, so kann auch ohne Beweiserhebung über die Wahrheit von Tatsachen oder über die Eignung des Beweismittels entschieden werden. Die Beweisaufnahme hat für die Würdigung des Richters wegen der Bindung an Erfahrungssätze keine Bedeutung, ist also unnötig.

C. Die Bescheidung des Beweisantrags

Da ein Beweisantrag das Gericht zwingt, sich mit den darin aufgestellten Behauptungen auseinanderzusetzen¹, muß das Gericht auf den Beweisantrag reagieren.

I. Will das Gericht dem Beweisantrag stattgeben, dann ordnet es die Beweisaufnahme an. Dies geschieht in der Regel durch förmlichen Beweisbeschluß gemäß § 358 ZPO. Falls jedoch das Beweismittel präsent und die unverzügliche Beweiserhebung tunlich ist, wird gemäß § 357 a ZPO sofort Beweis erhoben².

Die Beweisbeschlüsse sind auch dann, wenn die angeordnete Beweiserhebung erst nach Ablauf eines längeren Zeitraums möglich ist, unanfechtbar.

Anders ist es, wenn der Beweisbeschluß im Ergebnis

-
- 1) Der Beweisantrag als Erwirkungshandlung verlangt eine richterliche Entscheidung: vgl. S. 79, 80 dieser Arbeit.
 - 2) Vgl. dazu Teplitzky, DRiZ 1970, 280.
Zur Abkehr vom Beweisbeschluß in den sog. "Schnellkammern", die die Hauptverhandlung in Zivilsachen nach dem "Stuttgarter Modell" praktizieren, vgl. Bender, Der Beweisbeschluß - ein Nachruf, DRiZ 1972, S. 15 f. Bender weist darauf hin, daß der Beweisbeschluß durch die Verfügung nach § 272 b ZPO ersetzt wurde.

einer Aussetzung des Verfahrens gleichkommt. Soll die Abstammung eines Kindes erbbiologisch¹ begutachtet werden, so kann dies erst geschehen, wenn das Kind drei Jahre alt ist. Erst in diesem Alter können medizinische Sachverständige Aussagen über die Ähnlichkeit mit ausreichender Gewißheit abgeben. Da dies in vielen Fällen die Entscheidung erheblich verzögert, wurde in § 640 f ZPO n.F. die Aussetzung des Verfahrens vorgesehen. Gegen diese Aussetzung ist gemäß § 252 ZPO Beschwerde statthaft², die allerdings nach h.M. nur zu einer Überprüfung der verfahrensrechtlichen Voraussetzungen und nicht der sachlichen Rechtfertigung der Aussetzung führt.³

II. Die Zivilprozeßordnung enthält nicht wie die Strafprozeßordnung in § 244/VI und die Verwaltungsgerichtsordnung in § 86/II eine Bestimmung, welche für die Ablehnung von Beweisanträgen einen Gerichtsbeschuß verlangt. Der Zweck dieser Vorschriften besteht darin, daß die Parteien schon vor dem Urteil erfahren, ob das Gericht das Beweisthema für erheblich hält⁴. Der Antragsteller soll über die Ablehnung aufgeklärt und in die Lage versetzt werden, sein weiteres Vorgehen danach einzurichten⁵.

1) Zum erbbiologischen Gutachten, siehe S. 28.

2) Vor der Einführung dieser gesetzlichen Bestimmung anlässlich der Neufassung des Nichtehelichenrechts hielt die h.M. die Beschwerde in analoger Anwendung des § 252 ZPO für statthaft, da praktisch eine Aussetzung des Verfahrens vorliege. So: OLG Köln, FamRZ 60, 409; OLG Bamberg, FamRZ 55, 217; Thomas-Putzo, 3. Aufl. § 252, Anm. 1 b; a.A.: OLG Frankfurt, NJW 63, 912.

3) Thomas-Putzo, § 252 Anm. 2 a); OLG Nürnberg, FamRZ 1971, 590 mit weiteren Nachweisen.

4) BVerwG, MDR 1969, 419 f.; JA 1969, S. 438.

5) OLG Frankfurt, NJW 52, 638; Eb. Schmidt, Komm. II § 244 Rdnr. 27; Alsberg-Nüse, a.a.O., S. 405. Mit ähnlicher Begründung wird auch im Ordnungswidrigkeitsrecht ein begründeter Ablehnungsbeschuß verlangt: BayObLG, DAR 70, 216; OLG Köln VRS 39, 70; OLG Saarbrücken, VRS 38, 446.

Im Zivilprozeß müssen die Parteien die Erfolgsaussicht ihres Beweisantrages selbst beurteilen, denn sie sind für Vortrag und Beweis des Prozeßstoffs verantwortlich. Das Gericht kann auch die Unerheblichkeit und die Unstrittigkeit vor Abschluß der Verhandlung nicht endgültig feststellen, da die Parteien über den Prozeßstoff disponieren und weitere Behauptungen aufstellen können. Ob der Beweis zu erheben ist, ist nach der Tatsachen- und Rechtslage zur Zeit der letzten Verhandlung zu beurteilen, denn Beweis-anträge dienen der Aufklärung des entscheidungs-erheblichen Sachverhalts¹. Beweisanträge werden daher im Zivilprozeß in den Urteilsgründen abgelehnt².

Es ist dem Gericht aber auch in Zivilsachen nicht verwehrt, den Antrag bereits im Verfahren durch Beschluß abzulehnen³, da die Partei bei Kenntnis der Ansicht des Gerichts ihr weiteres Vorgehen darauf abstellen kann. So vorzugehen ist dem Gericht allerdings nur zu empfehlen, wenn es den Beweis Antrag abschließend beurteilen kann. Dies wird nur im letzten Verhandlungstermin möglich sein. Eine Beweisablehnung durch Beschluß mag dann sogar zweckmäßig sein, um den Parteien deutlich zu machen, daß das Gericht die Beweisaufnahme als abgeschlossen ansieht.

-
- 1) Da die Unterschiede in der Verbescheidung sachlich begründet sind, sollte man nicht argumentieren, daß diese eine Folge der verschiedenen Ausgestaltung des rechtlichen Gehörs sind. So aber Baur, AcP Bd. 153, 410.
 - 2) Ohne Begründung ebenso: Teplitzky, JuS 68, 76 und DRiZ 70, 280 (1); Bergerfurth, Der Zivilprozeß, Tz 302; J. Goldschmidt, a.a.O., S. 454.
 - 3) So das von Arndt, DRiZ 1967, 301 zitierte OLG-Urteil.

Jede Ablehnung muß soweit begründet sein, daß das Revisionsgericht ansehen kann, welche Überlegungen die Ablehnung oder Übergehung des Beweisantrags veranlaßt haben. Ergibt sich die Unerheblichkeit des beantragten Beweises aus dem Zusammenhang der Entscheidungsgründe, so ist keine besondere Erwähnung der Ablehnung nötig¹.

III. Sind Beweisanträge erst in den Urteilsgründen zu bescheiden, so braucht der Ablehnungsgrund auch erst zu diesem Zeitpunkt zu bestehen². Das Gericht verstößt nicht gegen das Gebot, den angetretenen Beweis zu erheben³, wenn es zur Zeit der Antragstellung den Beweisantrag nicht begründet ablehnt. Das Gericht hat bei der Beurteilung von Beweisanträgen einen zeitlichen Spielraum⁴. Es kann andere beantragte Beweise erheben, denn es steht in seinem Ermessen, in welcher Reihenfolge es Beweise erhebt⁵. Es kann auch versuchen, das Beweisthema durch eine Beweis-erhebung von Amts wegen mit einem anderen, etwa dem einfacheren oder dem adäquateren

1) Z. B. BGHZ 3, 162, 175; VersR 59, 311 (2).

2) Alsberg-Nüse, a.a.O., S. 63.

3) So aber das OLG Düsseldorf, NJW 68, 1095; berechnigte Kritik durch Meyer, NJW 68, 1483.

4) Daß dies auch im Strafrecht gilt, stellt Hanack, Zur Austauschbarkeit von Beweismitteln im Strafprozeß, JZ 1970, 561 heraus.

5) OLG Schleswig, SchlHA 1955, 360; Teplitzky, DRiZ 1970, 280.

Beweismittel, zu klären. Diese letzte Möglichkeit hat man als "Austauschbarkeit von Beweismitteln" bezeichnet¹. Durch die anderen Beweiserhebungen wird noch nicht über das angebotene Beweismittel entschieden. Der Antrag kann seine Bedeutung behalten, wie das folgende Beispiel einer Beweiserhebung von Amts wegen zeigt²:

In einem Rechtsstreit, in dem es u.a. auf die örtlichen Straßenverhältnisse ankam, hatte eine Partei beantragt, durch Vernehmung von Beamten der örtlichen Verkehrspolizei festzustellen, daß man von der in ihrem Bezirk gelegenen Kiesgrube nur über zwei Wege zur Autobahn gelangen kann. Das Gericht folgte diesem Antrag nicht, sondern ordnete von Amts wegen einen Augenschein an (es zog die Straßenkarten heran).

Hätte dieser Augenschein die Behauptung des Antragstellers bestätigt, so wäre sein Beweis-antrag überflüssig und abzulehnen gewesen. Dem Feststellungsbegehren wäre im Ergebnis - wenn auch auf anderem Weg - Rechnung getragen worden.

Da jedoch der Augenschein das Gericht vom Gegenteil überzeugete, blieb der angebotene Beweis als Gegenbeweis erhalten³. Der Beweis-antrag konnte auch nicht als ungeeignet abgelehnt werden⁴, da die Aussage der Verkehrspolizisten

-
- 1) vgl. BGH St, NJW 1969, 1219 = JA 69, 541; Löwe-Rosenberg, § 244 Anm. 15; Zur Austauschbarkeit von Beweismitteln vgl. ferner: Schneider, Beweis und Beweiswürdigung, S. 41.
 - 2) Das Beispiel wurde gegenüber BGH St, NJW 69, 1219 abgewandelt, um die Streitfrage auszuklammern, ob die amtliche Auskunft ein zulässiges Beweismittel ist.
 - 3) Das angebotene Beweismittel ist also nicht in dem Sinn "ersetzt", daß der Beweis-antritt gegenstandslos geworden ist.
 - 4) Der BGH hat in der zitierten (Anm. 2 dieser Seite) Entscheidung, NJW 69, 1219, das Übergehen des Antrags gebilligt. Insoweit ist das Urteil mit Vorbehalten zu betrachten. Denn ein Gegenbeweis-antrag hätte nur wegen "Ungeeignetheit des Beweismittels" oder wegen "Offenkundigkeit des Gegenteils" abgelehnt werden dürfen, was in dem Urteil jedoch nicht zum Ausdruck gebracht ist. Mit diesem Urteil setzt sich auch Hanack, JZ 1970, S. 61 f. kritisch auseinander.

infolge ihrer besonderen Kenntnis der Wege in ihrem Gebiet, auch einen Augenschein entkräften kann .

Durch Beweiserhebungen von Amts wegen mit einem anderen als dem von den Parteien benannten Beweismittel wird daher nicht zu einem Beweismittel gegriffen, das dem Gericht nach dem Beweisantritt nicht mehr offensteht². Der Antrag ist vielmehr weiterhin gestellt und entfaltet seine Wirkung.

1) Dies erhellt insbesondere daraus, daß der über Karten gewonnene Augenschein einen anderen Beweisgegenstand betrifft, als die Aussage der Polizisten über die reale Örtlichkeit. Vgl. Schneider, Beweis und Beweiswürdigung, S. 42.

2) So aber OLG Düsseldorf, NJW 68, 1095.

4. Kapitel

Die Ablehnung von Beweisanträgen

A. Ablehnung aus beweisrechtlichen Gründen

Im dritten Kapitel wurde dargestellt, daß das Gericht Beweisanträgen zum Nachweis oder zur Widerlegung von Tatsachen stattzugeben hat. Durch diese Pflicht soll Gewähr für die Feststellung eines der Wahrheit entsprechenden Sachverhalts erzielt werden.

Steht bereits vor der Beweiserhebung fest, daß ein Antrag diesem Ziel nicht dient, so ist der Beweis nicht zu erheben. Keine Partei kann für die Entscheidung unnötige Beweiserhebungen verlangen¹. Man kann in diesen Fällen davon sprechen, daß die Ablehnung der Beweiserhebung auf "beweisrechtlichen Gründen" beruht².

Während die Ablehnungen aus "beweisrechtlichen Gründen" sich aus dem Zweck eines Beweisantrags rechtfertigen, stützen sich die Ablehnungen aus "verfahrensrechtlichen Gründen" auf allgemeine prozeßrechtliche Prinzipien. Die Rationalität des Verfahrens und die Billigkeit beschränken das Recht einer Partei auf Aufklärung des Sachverhalts. Es kann daher zwischen "beweisrechtlichen" und "verfahrensrechtlichen" Ablehnungsgründen unterschieden werden³.

I. Ergibt sich aus dem formellen oder materiellen Recht, daß die Behauptung nicht oder nicht mehr aufklärungsbedürftig ist, so kann das Gericht dies ohne Beweiserhebung und ohne Beweiswürdigung konstatieren. Es braucht den Beweis nicht zu erheben. Über die

1) Vgl. BGH St, 16, 374 (379).

2) Vgl. BGHZ 53, 259.

3) So auch BGHZ 53, 259.

Die "verfahrensrechtlichen" Ablehnungsgründe sind auf S. 164 f. dieser Arbeit dargestellt.

Wahrheit der behaupteten Tatsache ist dabei nicht zu befinden. Ein Konflikt mit dem Verbot der vorweggenommenen Beweiswürdigung tritt damit nicht auf.

Die Aufklärungsbedürftigkeit¹ fehlt:

1. bei unerheblichen Tatsachen

Im Prozeß ist nur die Wahrheit solcher Tatsachen zu klären, die geeignet sind, die gerichtliche Entscheidung zu beeinflussen. Alle anderen Tatsachen sind unerheblich². Der Prozeß will kein vollständiges Wahrheitsbild, sondern nur so viel an Wahrheit, wie die Entscheidung des Rechtsstreits erfordert. Ein Beweisantrag, der auf eine "darüber hinausgehende Wahrheit" abzielt, fördert die Wahrheitsfindung im Sinne des Prozeßrechts nicht und ist daher abzulehnen.

Da die Ablehnung als unerheblich den häufigsten Ablehnungsgrund ausmacht, soll versucht werden, eine detaillierte Darstellung der "Erheblichkeit" bzw. "Unerheblichkeit" zu bieten.

Als Ausgangspunkt dient die Definition der Beweiserheblichkeit, die Rechtsprechung und Literatur geben:³

-
- 1) Ähnlich: Rosenberg-Schwab, LB, § 117 und § 119 I: Hier wird von Beweisbedürftigkeit oder der Notwendigkeit des Beweises gesprochen.
 - 2) Z. B. BGH, DRiZ 62, 167; 66, 381; VersR 59, 729; 63, 1150; 64, 532; 62, 330 (1) 70, 284 (6); BVerwG, NJW 68, 1441; ZLA 67, 165; weiter die unter den folgenden Anmerkungen genannten Entscheidungen; vgl. auch Grunsky, a.a.O., S. 358: "Der Richter ist verpflichtet, auf dem schnellstmöglichen Weg zu einer Entscheidung zu gelangen".
 - 3) Stein-Jonas-Pohle, § 244 Anm. III 2 b; Rosenberg-Schwab, LB, § 116 I 3, S. 573; BGH, VersR 64, 244 (7).

Beweiserheblich sind alle Tatsachen, die geeignet sind, auf die Bildung der richterlichen Überzeugung Einfluß auszuüben.

a) Diese Eignung einer Tatsache wird zunächst dadurch festgestellt, daß das Verhältnis der behaupteten Tatsache zu dem gesetzlichen Tatbestand untersucht wird. Insoweit spricht man von Schlüssigkeitsprüfung¹.

Hier knüpfen die Begriffe "unmittelbar" und "mittelbar beweiserheblich" an².

Unmittelbar beweiserheblich ist eine Tatsache, wenn sie zu den gesetzlichen Voraussetzungen einer dem Beweisführer günstigen Rechtsnorm gehört. Die Entscheidung über die unmittelbare Beweiserheblichkeit ergibt sich damit aus den Rechtssätzen.

Gemäß § 254 Abs. 2 BGB trifft den Geschädigten die Pflicht, den Schaden möglichst gering zu halten. Diese Schadensminderungspflicht entsteht mit dem Schadensereignis.

Wird in einem Rechtsstreit die Verletzung der Schadensminderungspflicht mit einer Handlung begründet, welche vor dem Eintritt des Schadens liegt, so ist auf dieses Vorbringen nicht einzugehen. Aus³ der Norm ergibt sich, daß es unerheblich ist³.

Ebenso sind Beweisantritte dahingehend, was allgemein üblich ist, unerheblich, wenn es nach dem gesetzlichen Tatbestand auf die bei der gegebenen Sachlage "verkehrserforderliche" Sorgfalt ankommt⁴.

1) BGH, NJW 62, 1394.

2) Vgl. Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 52; BGH, NJW 62, 1394; BGHZ 53, 260 f.

3) BGH, VersR 62, 330 (1).

4) BGH, VersR 68, 280.

Tatbestandsfremde Tatsachen sind mittelbar erheblich, wenn die Lebenserfahrung einen Schluß auf die erhebliche Tatsache zuläßt¹. Die mittelbare Entscheidungserheblichkeit ist somit aus Erfahrungssätzen² in Verbindung mit dem Rechtssatz zu entnehmen. Die Prüfung der mittelbaren Erheblichkeit eines Beweisantrags und deren Verneinung kann wie folgt ausfallen:

Der Kläger begegnete mit seinem Kfz in einer mit einer weißen ununterbrochenen Leitlinie versehenen Rechtskurve einer LKW-Kolonne aus Militärfahrzeugen³. Er kam von der Fahrbahn ab und fuhr rechts über die Straßenböschung. Er behauptet, die Verantwortung an diesem Unfalle trage ein LKW der Kolonne, welcher die

-
- 1) Vgl. Nagel, a.a.O., S. 93 und Schneider, Beweis und Beweiswürdigung, S. 70 f.; ungenau BGH LM § 539 Nr. 1:
Das Gericht sei in der Würdigung der Indizien im Hinblick auf ihre Eignung, einen Schluß auf die unmittelbar erhebliche Tatsache zuzulassen, nach § 286 ZPO frei, ohne dabei an Beweis- oder sonstige Verfahrensregeln gebunden zu sein. Diese Aussage ist folgendermaßen klarzustellen: Das Gericht ist an Erfahrungssätze gebunden. Diese Erfahrungssätze müssen nicht von hoher Beweiskraft sein. Sie sind in diesem Fall zusammen mit dem Ergebnis der sonstigen Beweisaufnahme bei der Beweiswürdigung zu verwerten.
 - 2) Von der Beweiskraft dieser Erfahrungssätze hängt der Beweiswert des Indizienbeweises ab; vgl. E. Schneider, Beweis und Beweiswürdigung, S. 72: Ist aus der Auskunft der Strafanstalt zu entnehmen, daß der Mann innerhalb der Empfängniszeit eingewiesen hat, so ergibt sich aus dieser Indiztatsache "unumstößlich" die offenbare Unmöglichkeit einer Vaterschaft des Häftlings.
 - 3) Vgl. BGH, VersR 61, 137 (8).

Leitlinie überfahren und ihn dadurch nach rechts abgedrängt habe.

Der Kläger wollte das Überschreiten der Mittel-leitlinie durch den Nachweis dartun, daß in der stark gekrümmten Unfallkurve große Fahrzeuge "fast ausnahmslos" über die Leitlinie geraten und dies erst recht bei Nebel- und Kolonnen-fahren gelte.

Mit dieser Behauptung wird ein Indiz unter Be-weis gestellt. Dieses Indiz ist erheblich, wenn mittels eines Erfahrungssatzes auf die unmittelbar erhebliche Tatsache, das Über-schreiten der Mittellinie durch einen LKW des Beklagten (vgl. § 41/III 3. StVO), ge-schlossen werden kann. Das unter Beweis ge-stellte Indiz ist für den Nachweis eines solchen Verhaltens jedoch ungeeignet, denn "aus dem Umstand, daß viele etwas tun, kann schwerlich gefolgert werden, daß der Be-troffene sich ebenso verhalten hat". Ein solcher Erfahrungssatz ist nicht anzuer-kennen.

Das Gericht gab dem Beweisantrag daher nicht statt.

In einem anderen Fall sollte die Kausalität durch einen Indizienbeweis dargetan werden¹:

Ein Tierarzt wurde als Überträger der Bazillen für die Verseuchung eines Stalles verantwort-lich gemacht. Daß nur er als Überträger in Be-tracht komme, sollte dadurch bewiesen werden, daß die Ställe in der Inkubationszeit von fremden Personen nicht betreten wurden.

Wiederum wird eine nur mittelbar erhebliche Tatsache unter Beweis gestellt. Entscheidend für die Erheblichkeit des Beweisantrags ist daher, ob ein Erfahrungssatz besteht, daß die Person, welche als einzige den Stall in der Inkubationszeit betreten hat, den Erreger über-trug.

1) BGH, VersR 59, 105 (6).

Das Gericht verneinte einen solchen Erfahrungssatz, da die anderen Möglichkeiten der Einschleppung der Seuche durch Tiere nicht ausgeschlossen werden könnten. Es lehnte den Beweis Antrag als unerheblich ab.

b) Auch wenn eine Tatsache nach der Schlüssigkeitsprüfung erheblich ist, so kann die Beweis-erheblichkeit dennoch auf Grund der konkreten Tatsachen- und Prozeßlage entfallen¹.

Diese Unerheblichkeit kann im konkreten Fall eintreten, weil im Zivilprozeß nur ein so vollständiges Bild des Lebensvorganges darzutun ist, wie dies zur Entscheidung erforderlich ist. Der Richter hat sich mit dem liquiden rechtlichen Gesichtspunkt zu bescheiden, der den Antrag trägt².

Ist auf Grund der Beweiserhebung geklärt, daß ein unverzichtbares Tatbestandsmerkmal einer anspruchsbegründenden Norm nicht vorliegt, so ist es unerheblich, wie sich der Lebenssachverhalt bezüglich der anderen Tatbestands-

1) Vgl. dazu Brauer-Schneider, Der Zivilrechtsfall in Prüfung und Praxis, S. 129, 132; BGHSt, NJW 53, 35 (36); Seibert, Beweis Anträge, NJW 60, 19; Lent, ZZP 63, 1 f., S. 15 f.; Alsberg-Nüse, a.a.O., S. 63: Der Beweiserhebungsanspruch verharret nicht im Stadium der Ruhe. Er ist abhängig von der Bewertung, die die fortschreitende Beurteilung der Sach- und Rechtslage während des Ablaufs des Prozeßverfahrens findet.

2) Vgl. Schmidt, JZ 56, 561 bez. des "gleichwertigen Parteivorbringens": "Noch weiter aufzuklären, ist dem Richter verwehrt, denn er ist nicht Chronist oder Historiker, sondern es ist ihm aufgegeben, sich mit dem ersten und besten rechtlichen Gesichtspunkt zu bescheiden, der den Antrag trägt."

merkmale darstellt¹. Der Rechtsstreit ist entscheidungsreif.

So kann es das Gericht dahingestellt lassen, ob der Beweis Antrag zum Nachweis des objektiven Tatbestands geeignet ist, wenn es jedenfalls an den subjektiven Voraussetzungen der anspruchsbegründenden Norm fehlt². Hat sich das Gericht darüber ein abschließendes Urteil gebildet, so steht das Scheitern der Klage fest. Weitere Beweis Anträge sind als überflüssig abzulehnen.

Ist ein Tatbestandsmerkmal auf Grund eines Vorganges erfüllt, so ist ein anderer Vorgang, der an sich auch das Tatbestandsmerkmal verwirklichen kann, unerheblich. Hier sind nach der Schlüssigkeitsprüfung zwei Tatsachen erheblich. Wenn von diesen zwei Tatsachen eine bewiesen wird, verliert die andere ihre Beweiserheblichkeit.

Im "Herrenreiterfall" konnte das Verschulden der beklagten Fabrik dadurch dargetan werden, daß sie die von ihr beauftragte Werbefirma nicht für vertrauenswürdig halten durfte. Ein Verschulden war jedoch in jedem Fall auch darin zu sehen, daß sie die gebotene Sorgfalt bei der Veröffentlichung nicht beachtete. Sie hatte die Plakate in den Verkehr gebracht, ohne sich zu vergewissern, ob die abgebildete Person mit der beabsichtigten Verwendung ihres Bildes einverstanden war³. Eine Klärung, ob die Beklagte die Werbefirma für vertrauenswürdig ansehen durfte, war bei dieser Sachlage nicht mehr geboten.

1) BGH, VersR 61, 1148 (50); OLG Celle, VersR 63, 250 (1); BGH, VersR 61, 1044 (5), BGH, VersR 63, 755.

2) BGH, VersR 58, 301 (2).

3) BGH, VersR 61, 1148 (50).

Kann sich ein Lebensvorgang auf zweierlei Weise abgespielt haben und ist der Tatbestand in jedem Fall verwirklicht, so ist der Tatsachenvorgang nicht zu klären¹. Bei jedem Verlauf stützt das Tatsachengeschehen die Entscheidung.

In einem Prozeß ist die Übersichtlichkeit einer Kurve unerheblich², wenn der Fahrer bei übersichtlicher wie bei unübersichtlicher Kurve schuldhaft gehandelt hat: war die Kurve übersichtlich, so hätte er seine Geschwindigkeit rechtzeitig herabsetzen müssen, da er den entgegenkommenden LKW sehen konnte; war die Kurve unübersichtlich, so mußte der Fahrer schon deshalb sein Tempo vermindern.

Hierher gehört auch der Fall³, daß sich die Unerheblichkeit auf Grund der Lehre vom sogenannten "gleichwertigen Parteivorbringen" ergibt. Voraussetzung für die Anwendung dieser Lehre ist, daß der Streitgegenstand festliegt und der prozessuale Anspruch sowohl nach dem Vorbringen des Klägers als auch nach der abweichenden Darstellung des Beklagten begründet ist. In diesem Fall ist die Tatfrage nicht mehr erheblich und ein Beweisangebot ist abzulehnen.

-
- 1) Vgl. Brauer-Schneider, a.a.O., S. 129 f.: er spricht hier von einem "Kombinations-spiel", einem "Durchspielen der Möglichkeiten".
 - 2) OLG Frankfurt, VersR 66, 1058 (9).
 - 3) Brauer, Zur Lehre vom gleichwertigen Parteivorbringen, JZ 56, 710 u. Brauer-Schneider, a.a.O., Zivilrechtsfall, S. 241 f.; A. Schmidt, Gleichwertiges Parteivorbringen, JZ 56, 559; Rosenberg-Schwab, LB, § 134 I 3, S. 682.

Der Kläger begehrt die Herausgabe seines Fahrrades. Er behauptet, das Rad an seinen Bruder verliehen zu haben, dem es von einem Dritten gestohlen worden sei. Der Beklagte habe das Rad alsdann von dem Dritten erworben.

Der Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen, da der Bruder des Klägers das Rad an den Dritten verschenkt habe, welcher es ihm weitergeschenkt habe.

Nach dem Vorbringen des Klägers schuldet der Beklagte das Rad gemäß § 985 BGB. Nach dem Vorbringen des Beklagten ist der Anspruch aus § 822 BGB begründet.

Nach der Lehre vom gleichwertigen Parteivorbringen wird der Klage ohne Beweisaufnahme stattgegeben.

Ein Indiz kann auch deshalb unerheblich sein, weil von vornherein ersichtlich ist, daß ihm bei der Beweiswürdigung keine Bedeutung für die weitere Schlußfolgerung zukäme¹. Denn das Indiz ist nicht für sich allein zu beurteilen. Es erhält seinen Beweiswert² und damit seine

1) Vgl. BGHZ 53, 260 (1); BGH, VersR 1960, 1036 (7); Der BGH stellt in BGHZ 53, 260 (1) heraus, daß der Richter bei Beweisanträgen im Rahmen eines Indizienbeweises freier gestellt sei als bei anderen Beweisanträgen. Gemeint ist hiermit, daß der Richter die tatsächliche Bedeutung des Indizes für die weitere Schlußfolgerung überprüfen muß; vgl. ferner: Schneider, Beweis und Beweiswürdigung, S. 75 f.

2) Beachte: hier ist der Beweiswert der Beweistatsache zu bedenken. Bei dem Ablehnungsgrund des ungeeigneten Beweismittels hingegen wird der Beweiswert des Beweismittels betrachtet. Beachte ferner: der Beweiswert eines Indizes kann nicht allein deshalb verneint werden, weil bereits eine unmittelbar erhebliche Tatsache unter Beweis gestellt wurde; vgl. Schönke, Der Umfang der Beweisaufnahme im Zivilprozeß, in Festgabe für Leo Rosenberg, S. 226; ebenso Alsberg-Nüse, a.a.O., S. 73, 74.

Erheblichkeit im Zusammenhang mit den weiteren Indizien und dem gesamten Sachverhalt. Läßt das Indiz nach der aus einer solchen "Gesamt-schau" gewonnenen Wertung keinen sicheren Schluß auf die beweisbedürftige Tatsache zu oder ist es durch die bewiesenen Tatsachen schon von vornherein entkräftet, so ist es unerheblich.

Der Richter muß also feststellen, ob das Indiz - seine Richtigkeit unterstellt - ihn von der Wahrheit der unmittelbar erheblichen Tatsache überzeugen kann. Darin liegt keine vorweggenommene Beweiswürdigung.¹ Das Gericht prüft vielmehr in einem hypothetischen Denkvorgang die Erheblichkeit; denn Kern des Indizienbeweises ist der Denkprozeß, kraft dessen auf die rechtserhebliche Tatsache geschlossen wird.

Dies mag aus folgendem Beispiel deutlich werden:

Die gesetzliche Erbin griff die letztwillige Verfügung des Erblassers an, mit der dieser seine Geliebte zu seiner Alleinerbin berufen hatte. Sie behauptete, der Erblasser habe dieses Testament lediglich deshalb errichtet, um seine Geliebte für ihre geschlechtliche Hingabe zu belohnen und um sie zur Fortsetzung des ehebrecherischen Verkehrs zu bewegen².

Dieser Tatsachenvortrag ist schlüssig, da eine ausschließlich aus diesen Beweggründen erfolgte Erbeinsetzung gemäß § 138 BGB sittenwidrig ist³.

1) Vgl. BGHZ 53, 260, 261.

2) BGH, LM, § 593 Nr. 1 ZPO.

3) Palandt-Danckelmann, § 138, Anm. 5 b ee.

Die unmittelbar erheblichen inneren Beweggründe konnten nach dem Tod des Erblassers nicht mehr nachgewiesen werden, da Angaben des Erblassers über die Motive der Erbeinsetzung nicht vorhanden waren. Die Klägerin mußte daher Tatsachen vortragen, aus denen auf die Vorstellungen des Erblassers geschlossen werden konnte. So bot sie Beweise für eine Äußerung des Erblassers an, seine Geliebte fessle ihn körperlich so an sich, daß er alles tue, was sie von ihm verlange. Diesem Indizienbeweis brauchte das Gericht nicht nachzugehen, wenn die Beklagte nachwies, daß sie dem Erblasser infolge ihrer innigen Verbindung in seinen Nöten und Sorgen beigestanden hatte¹.

Sofern dies zur Überzeugung des Gerichts feststand, konnte auch die Äußerung des Erblassers die Sittenwidrigkeit der Erbeinsetzung nicht mehr belegen. Der Erblasser konnte sich aus verschiedenen Beweggründen so geäußert haben. Sein beachtenswerter Wunsch, seine Geliebte für die ihm entgegengebrachte Sorge und die geleisteten Dienste zu belohnen, mußte deshalb nicht ausgeschlossen sein. Eine echte Zuneigung wird durch den Nachweis der Behauptung nicht widerlegt.

2. Das Verfahrensrecht kann anordnen, daß eine Tatsache dem Urteil ohne Beweis zugrunde zu legen ist. Es kann auf die volle, "reine" Wahrheit zugunsten einer "formellen" Wahrheit verzichten². Das Verfahrensrecht hat dies

1) Vgl. auch bei Palandt-Keidel, § 2077 Anm. 1 A b bb)

2) Daher ist das Gericht grundsätzlich auch an ein unwahres Geständnis gebunden: vgl. BGH, VersR 62, 768 (7) = BGH 37, 154; VersR 70, 826 (7); Baumgärtel, Treu und Glauben, gute Sitten und Schikaneverbot im Erkenntnisverfahren, ZZP Bd. 69, 89 f., S. 104; Sauer, Allgemeine Prozeßrechtslehre, S. 176; Gaul, AcP Bd. 168, S. 51. Eine Bindung tritt jedoch nicht ein, wenn die unstrittige Tatsache Denk- und Erfahrungssätzen widerspricht: vgl. Lent, Wahrheitspflicht, ZZP Bd. 63, S. 3 f., 46, 47; BGH, VersR 70, 826 (7).

durch die Regelung getan, daß zwischen den Parteien unstrittige Tatsachen keines Beweises bedürfen (§ 288 f. ZPO)¹. Auch ein Gegenbeweis ist nicht mehr zulässig. Das gerichtliche Geständnis oder ein Zugestehen durch Nichtbestreiten kann nur durch Widerruf beseitigt werden².

3. Die Wahrheit von Tatsachen kann für den Richter auch bereits feststehen oder erwiesen sein. Wird ein Beweisantrag gestellt, welcher eine feststehende oder erwiesene Tatsache nachweisen soll, so kann dieser Beweisantrag die Wahrheitsfindung nicht fördern. Ein nochmaliger Nachweis ist überflüssig, und Unnötiges kann vom Gericht nicht verlangt werden.

a) Eine andere Beurteilung muß eingreifen, wenn durch den Beweisantrag das für den Richter Feststehende oder Erwiesene entkräftet werden soll³.

Würde das Gericht einen Beweisantrag nicht zulassen, weil es sich bereits eine Überzeugung gebildet hat, so läge ein Verstoß gegen das Verbot der vorweggenommenen Beweiswürdigung vor. Alsberg erblickt gerade in dem Recht, den Gegenbeweis zu führen, das Wesen

-
- 1) Gilt der Grundsatz der Amtsermittlung, so kann nur im Rahmen der freien Beweiswürdigung aus dem Nichtbestreiten auf die Richtigkeit der nichtbestrittenen Tatsache geschlossen werden. Vgl. zu den Voraussetzungen, unter denen dies möglich ist: BayObLGZ 1971, S. 217, 220.
 - 2) Im Falle eines gerichtlichen Geständnisses nur unter den Voraussetzungen des § 290 ZPO.
 - 3) BGH, DRiZ 66, 381; 59, 252; 62, 167; BGHZ 5, 287; Eb. Schmidt, II § 244 StPO, Rdnr. 52 u. Teil I, Rdnr. 238, Anm. 443; Herbert Schneider, NJW 51, 481.

des Verbotes der antizipierten Beweiswürdigung¹. Der Gegenbeweis ist also auch zu erheben, wenn sich der Richter bereits ein Urteil über den Sachverhalt gebildet hat².

Auch wenn eine Tatsache infolge Offenkundigkeit oder einer gesetzlichen Vermutung "feststeht", ist ein Gegenbeweis möglich. Die gesetzlichen Vermutungen wollen nur die Beweisführung erleichtern, jedoch nicht ausschließen. § 292 ZPO bestimmt daher, daß der Beweis des Gegenteils erbracht werden kann. Die Offenkundigkeit einer Tatsache wird aus Erfahrungssätzen geschlossen, die trügen können³. Der Antrag, über die der allgemeinkundigen Tatsache widersprechende Behauptung Beweis zu erheben, kann daher nur abgelehnt werden, wenn ein Erfahrungssatz dafür spricht, daß das angebotene Beweismittel dem sog. "Träger der Offenkundigkeit"⁴ so unterlegen ist, daß es sich nicht durchzusetzen vermag (Ablehnung wegen "Ungeeignetheit" des Beweismittels) oder

1) Alsberg-Nüse, a.a.O., S. 78.

2) Vgl. oben S. 89

3) Vgl. OLG Hamburg St, NJW 1968, 2303:
"Die Offenkundigkeit kann trügen und die Relativität ihres Wertes zeigt sich insbesondere dann, wenn die Geltung von Erfahrungssätzen in Frage steht".

4) Träger der Offenkundigkeit sind z.B. Stadtpläne, Fachbücher, Lexika; vgl. zu diesem Ablehnungsgrund bei § 244/III StPO: OLG Hamburg, NJW 68, 2303 (4); BGH St 6, 292, 296; Sarstedt, a.a.O., S. 235 f.: Ein Beweis Antrag könne abgelehnt werden, wenn das Gegenteil offenkundig ist. Dabei sei jedoch zu berücksichtigen, daß das angebotene Beweismittel dem Träger der Offenkundigkeit nicht sachlich überlegen sein dürfe.

die Offenkundigkeit ein derartiges Maß erreicht, daß ein Erfahrungssatz die anders lautende Tatsache als "unmöglich" kennzeichnet¹.

b) In folgenden Fällen kann die Wahrheit bereits feststehen oder im Sinne der Beweisbehauptung bewiesen sein:

aa) Nichtbeweisbedürftigkeit infolge Offenkundigkeit

§ 291 ZPO bestimmt, daß offenkundige Tatsachen keines Beweises bedürfen. Auch offenkundige Tatsachen müssen jedoch in der Hauptverhandlung erörtert werden². Eine offenkundige Tatsache kann gerichtskundig oder allgemein kundig sein.

Gerichtskundig sind nur solche Vorgänge, die der erkennende Richter - auch aus früherer Tätigkeit³ - selbst amtlich⁴ wahrgenommen hat. Er kann, um seine Erinnerung aufzufrischen,

-
- 1) Vgl. RG St 16, 331: Tatsachen der Geschichte, die auf Grund historischer Forschung allgemein als bewiesen gelten, Tatsachen des Naturlebens und die allgemein gültigen Ergebnisse der Wissenschaft bedürfen von vornherein keines Beweises, weil sie allbekannt und aus allgemein gültigen Gründen so gewiß sind, daß ihr Gegenteil nicht bewiesen werden kann.
 - 2) BVerfG, JZ 1960, 124; Löwe-Rosenberg, § 244, V 7 a; Thomas-Putzo, § 291, Anm. 1.
 - 3) BayObLGZ 50/51, Nr. 31.
 - 4) Stein, a.a.O., S. 157; Löwe-Rosenberg, § 244 Anm. V 7 a; a.A. Alsberg, a.a.O., S. 117: auch die im Gespräch mit anderen Richtern erfahrene Tatsache sei gerichtsbekannt.

auch die Akten eines früheren Rechtsstreits, an dem er mitwirkte, heranziehen¹. Dagegen macht das Studium fremder Akten den Beweis nicht überflüssig, auch wenn es Akten des Gerichts sind, dem der erkennende Richter angehört². Zwar sind diese Akten für den Richter jederzeit erreichbar und verfügbar, ohne daß es der Anordnung einer amtlichen Auskunft oder eines Beweisbeschlusses über die Vorlegung der Akten (Urkunden) bedürfte. Bedenkt man jedoch, daß die Gerichtskunde eine Beweisführung und somit eine Beweistätigkeit des Gerichts ersparen soll, so erfüllt die Einsicht in fremde Akten diesen Zweck nicht³. Da sich der Richter durch die Einsicht die Kenntnis erst beschafft, liegt darin ein Akt der Beweisaufnahme oder der Sachinformation, der mittels des dafür vorgesehenen Urkundenbeweises (§ 420 ZPO) oder gemäß § 272 b Abs. 2 Nr. 2 ZPO zu führen ist.

1) Alsberg-Nüse, a.a.O., S. 119.

2) So Stein-Jonas-Pohle, § 291 Anm. I 2; Zöller, § 291 Anm. 1; Eb. Schmidt, I, Rdnr. 383; Alsberg-Nüse, a.a.O., S. 119.

A.A. sind: Rosenberg-Schwab, LB, § 117 I 3 b; Thomas-Putzo, § 291 Anm. 1 a; BGH, VersR 60, 511 (2); BGHSt 6, 292 (4). Nach dieser Ansicht sind daher z.B. die Prozeßsucht oder die Entmündigung einer Partei gerichtsbe-
kannt, wenn dies sich aus den Akten oder aus öffentlichen Registern ergibt.

3) Vgl. Stein, a.a.O., S. 158.

So ist das Ergebnis einer Augenscheinsaufnahme aus einem Vorprozeß dem Gericht nur dann bekannt - und macht daher einen beantragten Augenschein überflüssig - wenn das erkennende¹ Gericht an dem damaligen Augenschein teilnahm¹.

Ob bei einem Kollegialgericht die fraglichen Vorgänge allen Richtern amtlich bekannt sein müssen oder ob es ausreicht, daß sie der Mehrheit des Kollegiums bekannt sind, ist umstritten.

Wieczorek² und Blomeyer³ betonen, daß jeder Richter selbst urteilen müsse, ob die Behauptung wahr ist. Es widerspreche der Idee des kollegialgerichtlichen Verfahrens, wenn die Erkenntnisquellen nicht jedem Richter offenstünden.

-
- 1) Vgl. BGH, VersR 60, 511 (2): hier wurde eine Beweisaufnahme über die örtlichen Verhältnisse zur Zeit des Unfalles als überflüssig angesehen, obwohl die Akten des Vorprozesses für das Gericht fremd waren..
 - 2) Wieczorek, § 291, Anm. A III c.
Im Strafrecht lebhaft umstritten: vgl. bei Alsberg-Nüse, a.a.O., S. 128; Kleinknecht, § 244, Anm. 2 A c; KMR, § 48, Vorb. 1 b)
(2) III; Alsberg-Nüse betonen auf S. 130 zu Recht, daß die Frage für beide Prozesse einheitlich beantwortet werden müsse.
 - 3) Blomeyer, LB, § 67, II 2 a.

Die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur¹ stellt demgegenüber heraus, daß es eine Entscheidung des Gerichts ist, ob die behauptete Tatsache beweisbedürftig ist: Für Entscheidungen des Gerichts gelte aber gemäß § 196 GVG das Prinzip des Mehrheitsbeschlusses.

Geht es um die Offenkundigkeit einer Tatsache, so wird jedoch nicht nur über die Beweisbedürftigkeit entschieden, sondern zugleich über die Wahrheit einer entscheidungserheblichen Tatsache. Durch die Offenkundigkeit wird nur die sonst durch Beweiserhebung zu gewinnende Überzeugung vermittelt. Für die Überzeugungs-bildung innerhalb des Kollegiums gilt jedoch, daß die Grundlagen der Überzeugung jedem Richter bekannt sein müssen. Jeder Richter muß instande sein, sich selbst ein Urteil zu bilden. Nur dann kann er auf die anderen Richter einwirken, nur dann entsteht der Dialog, der das kollegialgerichtliche Verfahren gerade auszeichnet. Fehlt daher auch nur einem Richter das Wissen um die Offenkundigkeit, so ist ihm durch Beweiserhebung Gelegenheit zu bieten, sich eine Überzeugung zu bilden.

Allgemeinkundig sind alle Tatsachen, welche so sicher feststehen, daß kein vernünftiger Grund, sie in Zweifel zu ziehen, vorhanden ist².

1) BGH, VersR 60, 511 (2); 58, 246 (7); Rosenberg-Schwab § 117 I 3 c; Thomas-Putzo § 291, Anm. 1 c; Stein-Jonas-Pohle § 291, Anm. I 1 und I 2.

2) RG St 16, 331.
Dagegen ist nicht schon offenkundig, was auf Grund allgemeiner Erfahrungssätze in hohem Maße wahrscheinlich ist: Jansen, FGG, § 12, Anm. 47.

Dazu gehören Tatsachen, welche weiten Kreisen bekannt sind, wie z.B. der Todestag einer namhaften Persönlichkeit¹. Das Wissen um die allgemeinkundige Tatsache kann auch aus jedermann zugänglichen, zuverlässigen Quellen gewonnen werden, wenn dies ohne besondere Sachkunde möglich ist. So können allgemein gültige Ergebnisse der Wissenschaft (Erfahrungssätze) im Prozeß verwertet werden²; so können Stadtpläne³ nähere Auskunft über die Lage eines Grundstücks, einer Straße u.ä. geben.

Das Gericht hat die Offenkundigkeit den Parteien nicht zu beweisen und braucht sich mit ihnen nicht in einen Streit darüber einzulassen, welches Maß von Notorietät für eine Tatsache spricht⁴.

bb) Nichtbeweisbedürftigkeit infolge gesetzlicher Vermutungen über Tatsachen und Rechte⁵

Hier enthebt die gesetzliche Vermutung den Beweisführer des Nachweises der Tatsache oder des Rechts. Zu beweisen ist nur der Tatbestand, an den die Ver-

1) Baumbach-Lauterbach, § 291, Anm. 1.

2) Schönke, Umfang der Beweisaufnahme, Festgabe Rosenberg, S. 222; RG St 16, 331; beachte aber: soweit hier allgemeine Erfahrungssätze vorliegen, ist auch der Gegenbeweis ausgeschlossen; es würde eine unmögliche Tatsache unter Beweis gestellt.

3) BGH, VersR 59, 30; 59, 758; BGH St 6, 292.

4) BGH, VersR 59, 30; Stein-Jonas-Pohle, § 291, Anm. II 1.

5) Vgl. dazu Grunsky, a.a.O., S. 361; Blomeyer, LB, S. 334 f.

mutung anknüpft.

Gesetzliche Tatsachenvermutungen sind z.B. §§ 363, 685/III, 938, 1117/III, 1253/I, 1600 o/II 1, 2009, 2270 BGB. Gesetzliche Rechtsvermutungen hat das BGB durch §§ 891, 1006, 1362, 2365 aufgestellt.

Gemäß § 292 ZPO ist der Beweis des Gegenteils zulässig, wenn er nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist, wie z. B. in §§ 39 und 269 ZPO.

cc) Nichtbeweisbedürftigkeit, weil die unter Beweis gestellte Tatsache bereits im Sinne der Beweisbehauptung bewiesen ist.

Zu einer unnötigen Antragstellung kann es auch deshalb kommen, weil der Beweispflichtige nicht weiß, ob der Tatrichter bereits eine Überzeugung gewonnen hat.

Die Überzeugung des Gerichts beruht in der Regel auf einer bereits durchgeführten Beweisaufnahme.

Es ist jedoch nicht notwendig, daß das Gericht seine Überzeugung aus einer Beweiserhebung gewinnt; denn es ist dem Tatrichter nicht verwehrt, eine Parteibehauptung auch ohne Beweisaufnahme für wahr zu halten¹. Ein Verstoß gegen § 286 ZPO liegt in diesem Vorgehen nicht. § 286 ZPO verlangt für die Überzeugung des Richters keine jeden Zweifel ausschließende Gewißheit, sondern nur einen für das praktische Leben brauchbaren Grad hoher Wahrscheinlichkeit,

1) Vgl. BGH, LM § 286 (B) Nr. 4 ZPO.

der der Gewißheit nahekomm¹. Der richterlichen Überzeugung muß nur eine so hohe Wahrscheinlichkeit zugrunde liegen, daß vernünftige Zweifel schweigen. Diese Überzeugung kann der Richter auch ohne Beweisaufnahme gewinnen².

4. Neben Tatsachen können auch Erfahrungssätze Gegenstand des Beweises sein. Über sie kann Beweis erhoben werden, weil der Gesetzgeber vom Richter nicht die Kenntnis aller Erfahrungssätze verlangt. Der Erfahrungssatz hält sich gewissermaßen in der Mitte zwischen der Tatsachenkenntnis, welche die Parteien dem Richter zu verschaffen haben, und der Rechtskenntnis, die das Gericht selbst besitzen muß.

Aus dieser "Zwitterstellung" ergibt sich, daß zwar durch Beweisanträge Sachverständigengutachten über Erfahrungssätze begehrt werden können, daß diesen Anträgen jedoch dann nicht stattzugeben ist, wenn der Richter den Erfahrungssatz kennt oder sich die Kenntnis aneignet³.

1) Z. B. BGH in BGHZ 7, 116 (120); VersR 60, 656 (7).

2) BGH, LM Nr. 4 zu § 286 (B) ZPO.
Anders wäre es dann, wenn der Beweisantrag die Würdigung des Gerichts in Frage stellte. Hier wäre eine Überprüfung der eigenen Überzeugung für eine sachgerechte Würdigung unabdingbar.

3) Zur Verantwortlichkeit der Parteien für die tatsächlichen Grundlagen des Urteils unter Berücksichtigung der Erfahrungs- und Rechtsätze vgl. insbes. Lent, ZZP 63, S. 3 f., § 2, S. 46 f.

a) Der Richter kann sich das erforderliche Fachwissen aus Fachbüchern und auf jede andere geeignete Weise, wie aus Gutachten früherer Verfahren, aus von den Parteien vorgetragenen Privatgutachten, ja selbst aus dem Parteivortrag, verschaffen¹.

Der Richter hat bei der Beurteilung seines Fach- und Erfahrungswissens einen Spielraum. Er muß nach pflichtgemäßem Ermessen entscheiden, ob er der Hilfe eines Sachverständigen bedarf oder ob er selbst über ausreichende Sachkunde verfügt². Brüggenmann charakterisiert diese Befugnis zutreffend als "Kompetenz-Kompetenz"³, denn der Richter entscheidet, wann die Grenze eigenen Sachwissens erreicht und die Zuziehung eines Sachverständigen notwendig ist.

Erkennt der Richter, daß er über die notwendige Sachkenntnis nicht verfügt, so hat er auch dem Antrag stattzugeben. Hier kann er nicht nach seinem Ermessen entscheiden, es handelt sich vielmehr um eine zwingende Rechtsfolge.

1) BGH, VersR 67, 907 (9); 68, 352; 61, 160 (2); 66, 658 (9); 66, 491 (2).

2) Vgl. Küper, Die Einholung medizinischer Gutachten und Obergutachten im Zivilprozeß, NJW 68, 182; Schneider, Beweis und Beweiswürdigung, S. 218; BGH, NJW 51, 481; VersR 60, 712 (3); 64, 486 (7); Eb. Schmidt, § 244 Abs. 4 StPO RdNr. 65.

3) Brüggenmann, a.a.O., S. 356.

Ungenau spricht die herrschende Meinung¹ demgegenüber von der Freiheit des Richters, nach seinem Ermessen, ein Gutachten einzuholen. Das Ermessen des Richters bezieht sich nur auf die Beurteilung des eigenen Sachwissens. Der Unterschied zwischen der Berechtigung, sein eigenes Fachwissen einzuschätzen, und der Berechtigung, über die Beweisanordnung nach freiem Ermessen zu entscheiden, wird bei Beweisansträgen auf Einholung eines Sachverständigengutachtens im Anwendungsbereich des § 287 ZPO deutlich:

Hier hat das Gericht eine doppelte Ermessensfreiheit:

1. Es kann die eigene Sachkunde nach freiem Ermessen beurteilen, wenn über Erfahrungssätze Beweis erhoben werden soll,
2. es kann gemäß § 287 ZPO nach seinem Ermessen über die Beweisanordnung entscheiden.

1) Siehe Anm. 2 letzte Seite; ferner: BGH, VersR 57, 244; Jansen, FGG, § 12 Anm. 76: Die Einholung eines Sachverständigengutachtens beschließt das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen, wenn es sich selbst nicht für hinreichend sachkundig hält.

§ 287 ZPO ist also bei der Begründung einer Ablehnung herauszuheben¹, wenn sich die Ermessensentscheidung auf die Beweisanordnung bezieht. Der Tatrichter kann, gestützt auf § 287 ZPO, den Antrag ablehnen, wenn er ausreichende Kenntnisse besitzt, um zu einer Schätzung gelangen zu können². Er braucht sich also nicht darauf einzulassen, durch ein Sachverständigen-gutachten den geltend gemachten Schaden genauer festzustellen.

b) Die Entscheidung über die eigene Sachkunde ist dahin überprüfbar, ob die dem Ermessen gesetzten Grenzen eingehalten sind. Um dem Revisionsgericht diese Kontrolle zu ermöglichen, hat der Richter die Sachfrage so ausführlich zu erörtern, daß das Revisionsgericht seine Sachkunde beurteilen

1) So z.B. in BGH, VersR 61, 1138 (9); 70, 127 (8); BAG, VersR 70, 1141 (2, 3): kann sich der Richter auf Grund vorliegender Gutachten oder auf andere Weise (etwa durch die Vernehmung von Zeugen) eine Überzeugung bilden, so kann er auf die Anhörung des Sachverständigen verzichten. So besaß der Richter im Fall BGH, VersR 61, 1138 (9) auf Grund der eingeholten Gutachten ausreichende Sachkenntnis, um schätzen zu können. In der Entscheidung VersR 70, 766 (8) stellt der BGH klar, daß der Richter auch dann von der Einholung eines Sachverständigengutachtens absehen kann, wenn das Gericht zu der Überzeugung gelangt ist, daß auch durch die Beweiserhebung keine greifbaren Anhaltspunkte für eine Schätzung zu gewinnen sind.

2) Daß es dabei auf die ausreichende eigene Sachkenntnis ankommt, wird deutlich, wenn man zum Vergleich die Entscheidung BGH, VersR 57, 244 heranzieht: Der Richter glaubte hier, auf Grund eigenen Sachwissens schätzen zu können. Der BGH rügte dies in der Revision, da der Richter die medizinische Frage, ob bei einem über 76-jährigen Mann infolge eines Unfalls mit Zukunftsschäden zu rechnen sei, nicht auf Grund eines Augenscheins entscheiden könne. Auch in der Entscheidung des BGH, VersR 69, 801 (2) wurde beanstandet, daß das Gericht kein Sachverständigengutachten erhoben hatte; vgl. ferner: BGH, VersR 70, 924 (7).

kann¹. Weiterhin hat er den Parteien in der mündlichen Verhandlung seine eigene Sachkunde bekanntzugeben². Der Tatrichter kann sich die erforderliche Sachkenntnis selbst zutrauen, wenn das Beweisthema nicht spezialwissenschaftlich, sondern allgemeines Erfahrungswissen ist³. Bei Fragen aus dem Alltagsleben und Themen, die keine besondere technische Kenntnis erfordert, wird der Richter daher in der Lage sein, sich ohne fremde Hilfe ein zuverlässiges Urteil zu bilden⁴.

Auf dem Gebiet des Spezialwissens kann der Richter mit eigener Sachkenntnis arbeiten, wenn die Sachlage einfach ist⁵ oder die Sachfrage in der gerichtlichen Praxis häufig auftaucht⁶. Insbesondere der mit Verkehrssachen

-
- 1) Vgl. BGH, DRiZ 62, 167; NJW 51, 481; VersR 58, 545 (6); 61, 67; 65, 689 (690); LM § 286 (E) Nr. 6 ZPO; BverwG, NJW 61, 2082; vgl. im Strafrecht: BGH St 7, 238; 8, 113; 12, 311, 315; OLG Hamm, DAR 71, 274; die Anknüpfungstatsachen sind darzulegen.
 - 2) OLG München, VersR 70, 958; Zöllner, ZPO, § 284 Anm. 2 e; § 402 Anm. 4; Schneider, Beweis und Beweiswürdigung, S. 8, 9 (dann erst dadurch wird das Erfahrungswissen Prozeßstoff).
 - 3) Deutlich in BGH, VersR 67, 1159 (60).
 - 4) BGH, VersR 66, 491 (2); BGH, VersR 60, 439 (440); 60, 712 (3); 64, 302 (3); 66, 491 (2); Betrieb 62, 1433.
 - 5) Z. B. BGH, VersR 68, 604; vgl. auch VersR 70, 162 (3). Auch ein dem Gericht vorgelegtes Privatgutachten zwingt in solchen Fällen den Richter nicht, ein Sachverständigengutachten einzuholen. Der Richter muß sich nur mit dem Inhalt des Gutachtens sachkundig auseinandersetzen; vgl. BGH VersR 70, 566 (7).
 - 6) BGH, VersR 66, 579; 65, 753 (4).

befähigte Richter wird daher Sachfragen häufig aus seiner Erfahrung beurteilen können. Liegt jedoch die Gefahr einer Täuschung oder Mißdeutung des äußeren Eindrucks nahe, so wird der Richter jedoch selbst in solchen Fragen bei der Verwertung eigener Eindrücke und bei Einschätzung seiner Sachkunde Zurückhaltung üben müssen¹.

c) Da sich das Gericht die Sachkunde auf jede ihm geeignet erscheinende Art beschaffen kann, bestehen bei einem Kollegialgericht keine Bedenken gegen die Vermittlung des Fachwissens durch einen fachkundigen Richter². Wie Fachwissen

1) BGH, VersR 57, 244.

2) Dies ist jedoch im Strafprozeßrecht umstritten. Für den Zivilprozeß ist diese Frage in der Kommentarliteratur nicht behandelt.

Abberg-Nüse, S. 256, Peters, LB, S. 264 erblicken in der Vermittlung des Sachwissens durch einen Richter eine Umgehung des Sachverständigenbeweises, da ein Richterkollege gewissermaßen als Sachverständiger fungiere. Jeder Richter müsse auf Grund seiner eigenen Verantwortung entscheiden, er müsse deshalb selbst fähig sein, die Vorgänge zu beurteilen.

Der Sachverständigenbeweis wird "umgangen", weil Erfahrungssätze vom Gericht außerhalb einer Beweisaufnahme gefunden werden können. Wenn dieses Sachwissen bei einem Kollegialgericht zunächst nur von einem Richter erworben wird oder nur einer es von vorneherein besitzt, so ist das ganze Gericht erst dann fachkundig, wenn es durch diesen Richter selbst die Sachkunde gewonnen hat. Dabei handelt es sich nicht um die beantragte "Beweisaufnahme", da Beweismittel nur ein Sachverständiger sein kann und eine Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung erfolgen müßte. Jeder Richter entscheidet dann aus eigener Sachkunde. Die Entscheidung BGH St 12, 18 hat hier wenigstens für die Rechtsprechung Klarheit geschaffen. Ebenso: Eb. Schmidt, JZ 59, 131 und Kleinknecht, § 244, Anm. 17 A.

außerhalb der Hauptverhandlung gewonnen werden kann, so kann das Wissen auch im Beratungszimmer erworben werden. Das Gericht braucht sich die Sachkenntnis auf einem Sondergebiet nicht in öffentlicher Verhandlung oder unter den Augen der Parteien anzueignen¹.

d) Als Besonderheit des Sachverständigenbeweises ist noch zu erwähnen, daß sich das Verbot der Ablehnung von Gegenbeweisanträgen nicht auswirkt.

Einen Gegenbeweisantrag gibt es infolge der gesetzlichen Bestimmungen und der Struktur dieses Beweismittels nicht².

Gemäß § 403 ZPO wird der Sachverständigenbeweis durch die Bezeichnung der zu begutachtenden Punkte angetreten. Beweisgegenstand ist daher nicht der mitgeteilte Erfahrungssatz³, auch wenn der Sachverständige sich auf die Wiedergabe abstrakter Erfahrungssätze aus seinem

1) Jedoch gebietet der Grundsatz des rechtlichen Gehörs, daß das Gericht die Parteien von dem eigenen Sachwissen in Kenntnis setzt; vgl. Grunsky, a.a.O., S. 356.

2) Vgl. BVerwGE 2, 329 (331); BayVBl 71, 199; OLG Hamburg St, NJW 68, 2303 (4): das Gericht könne einen Sachverständigenbeweis ablehnen, weil das Gegenteil offenkundig sei, wenn es den offenkundigen Erfahrungssatz sachlich würdige und sich daraus entnehmen lasse, daß der Tatrichter die Sachkunde, deren er sich mit der Behauptung der Offenkundigkeit rühmt, tatsächlich besitzt; ähnlich BGHZ 53, 258, 259 für den Antrag auf Anhörung eines weiteren Sachverständigen: der Antrag dürfe auch dann abgelehnt werden, wenn das erste Gutachten bereits das Gegenteil der behaupteten Tatsache erwiesen habe.

3) Vgl. Schönke-Kuchinke, S. 299 f.

Wissensgebiet beschränkt und nicht - wie in der Regel - das Erfahrungswissen auf den zu begutachtenden Sachverhalt anwendet¹. Der Sachverständige soll das zur Klärung eines strittigen Punktes erforderliche Erfahrungswissen mitteilen. Beweisgegenstand ist der "strittige Punkt", z.B. die Frage der Geschäftsfähigkeit oder der Geschäftsunfähigkeit wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit.

Ist der Antragsteller oder der Gegner mit dem von dem Sachverständigen vermittelten Erfahrungswissen oder dem aufgezeigten Ergebnis nicht einverstanden, so stellt der neue Antrag, selbst wenn er zum Beweis einer bestimmten Tatsache² beantragt wird oder in ihm ein anderer Erfahrungssatz zitiert wird, keinen Gegenbeweisanspruch im üblichen Sinn dar. Durch die Anführung des Erfahrungssatzes kann nur dargetan werden, daß das erholte Gutachten dem Richter nicht die erforderliche Sachkunde verschaffen konnte³.

1) Vgl. Rosenberg-Schwab, LB, § 124 I 1; Thomas-Putzo, Vor § 402, Anm. 1.

2) Z.B. der Geschäftsunfähigkeit, wenn der Sachverständige in seinem Gutachten die Geschäftsfähigkeit bestätigt hat.

3) So auch BGH Bd. 53, 258, 259; ferner BverwG, BayVBl 71, 199. Die Formulierung, "der Antrag wird abgelehnt, weil das Gericht vom Gegenteil des Beweisthemas überzeugt ist", sollte jedoch vermieden werden, da sie zu Mißverständnissen Anlaß gibt. Darzulegen ist vielmehr, daß das Gericht auf Grund eigener oder vermittelter Sachkunde zu einer Überzeugung gelangt ist.

"Gegenbeweisanträge", die eine durch Gutachten gewonnene Erkenntnis erschüttern sollen, sind daher nur als weiteres Gutachten oder als Obergutachten gemäß §412 ZPO zulässig.

Entsprechendes gilt, wenn der Tatrichter aus eigener Sachkunde entschieden hat. Der Antrag, der anderes Erfahrungswissen zitiert, ist nicht schon deswegen zulässig. Er ist vielmehr unter dem Gesichtspunkt zu prüfen, ob der Tatrichter sich die nötige Sachkunde zutrauen durfte.

5. Ebenso wie Erfahrungssätze können auch Rechtssätze Gegenstand des Beweises sein¹.

Grundsätzlich gilt zwar der Satz: iura novit curia. Gemäß § 293 ZPO braucht der Richter jedoch über ausländisches Recht, Gewohnheitsrecht und Satzungsrecht nicht Bescheid zu wissen. Nur wenn der Richter diese Rechtssätze nicht kennt, sind sie Beweisgegenstand.

Der Richter muß daher auf den Beweisantrag der Parteien entscheiden, ob ihm der Rechtssatz geläufig ist. Ist er dies, so gilt der Satz "iura novit curia" und der Beweisantrag ist abzulehnen. Gleiches gilt, wenn der Richter sich die Kenntnis durch eine Beweis-

1) Vgl. Stein-Jonas-Pohle, § 293, Anm. IV 2; Rosenberg-Schwab, § 116/III, S. 574; a. A. Baumbach-Leuterbach, § 293, Anm. 2; Rechtssätze könnten nicht als beweisbedürftige Tatsachen angesehen werden, ein Beweisverfahren sei daher gar nicht möglich.

erhebung von Amts wegen - auch im Wege des bei einer Rechtsfrage zulässigen Freibeweises¹ zu verschaffen vermag.

II. Beweisanträge können ferner abgelehnt werden, wenn das Ergebnis der Beweisaufnahme durch eine zulässige Vorwegwürdigung feststeht².

Im dritten Kapitel³ wurde aufgezeigt, daß das Gericht den Erfolg eines Beweisantrages grundsätzlich erst nach der Beweiserhebung beurteilen darf. Es wurde aber auch bereits dargelegt⁴, daß dieser Grundsatz nicht eingreift, wenn der Beweis auch ohne Beweiserhebung durch die Anwendung von Erfahrungssätzen geführt werden kann.

Wie der Anscheinsbeweis den Beweisantritt erübrigt, so kann das Ergebnis einer beantragten Beweisaufnahme ohne Beweiserhebung durch die Anwendung von Erfahrungssätzen gewonnen werden. Dies setzt jedoch voraus, daß der Erfahrungssatz einen sicheren Schluß auf das Beweisergebnis gestattet⁵. Die Beweisführung darf nicht durch bloße Vermutungen ersetzt werden, mag auch für

1) BGH, NJW 66, 296 (8): in dieser Entscheidung wurde es für zulässig erachtet, daß das Gericht seine Kenntnis des amerikanischen Rechts auf die vom Gegner im Vorprozeß vorgelegten Gutachten amerikanischer Juristen stützte.

2) Schneider, ZZP Bd. 75, S. 190 meint sogar, eine zulässige Beweisablehnung sei im Regelfall auf eine Beweisantizipation gegründet.

3) vgl. S. 94 f.

4) vgl. S. 103 f.

5) vgl. BGH, VersR 69, 665 (6); 69, 751(3); 69, 1101 (3); 70, 33 (34).

sie eine gewisse Erfahrung sprechen¹. Der Richter kann seine Feststellungen nur dann allein auf die Anwendung eines Erfahrungssatzes² stützen, wenn die Erfahrungen "naturgesetzlich" gelten oder aus "typischen" Geschehensabläufen gewonnen sind. Denn in diesen Fällen ist der Richter durch die Erfahrungssätze gebunden. Für eine "freie Beweiswürdigung" ist kein Raum mehr.

"Naturgesetzliche" Geltung kommt einem Erfahrungssatz zu, der sich auf einen "ausnahmslos" gleichen Verlauf eines Geschehens stützt³. Jedoch ist damit keine absolute Unmöglichkeit eines anderen Ablaufs gefordert, denn Erfahrungssätze können infolge neuer Erkenntnisse ihre Geltung verlieren⁴. Auch ist eine hundertprozentige Sicherheit in der Natur, Biologie und Medizin nicht zu erlangen⁵. Eine Erfahrung steht daher naturgesetzlich fest, wenn sie nach der Überzeugung des Richters

-
- 1) BGH, VersR 69, 751 (3): Lücken in der Beweisführung dürfen nicht durch bloße Vermutungen ausgefüllt werden, mag für sie auch eine gewisse Wahrscheinlichkeit sprechen.
"Einfache", d.h. weniger Überzeugungskräftige Erfahrungssätze sind nach der Beweiserhebung in der Beweiswürdigung zu berücksichtigen:
vgl. BGH, LM § 286 (B) Nr. 3 ZPO; Stein, a.a.O., S. 21, 22, 28, 29; Rosenberg, Beweislast, S. 211; Kohlhöser, AcP Bd. 165, S. 47.
 - 2) Zum Begriff des Erfahrungssatzes: BGH, LM § 286 (B) Nr. 3 ZPO; BGHZ 53, 293, 294; Mezger, Der psychiatrische Sachverständige im Prozeß, S. 41; Stein, a.a.O., S. 19; Henke, die Tatfrage, S. 126, 127.
 - 3) Sellke, Die Revisibilität der Denkgesetze, S. 13; Sarstedt, Die Revision in Strafsachen, S. 227; Hainmüller, a.a.O., S. 27.
 - 4) Stein, a.a.O., S. 38, 29; Leonhardt, Die Beweislast S. 192; Esser, Der Ausforschungsbeweis, S. 141, Anm. 410; Mezger, a.a.O., S. 41.
 - 5) Pettenkofer, Die Blutgruppen als Beweismittel im Vaterschaftsprozeß, S. 24.

zur Zeit ihrer Anwendung so sicher ist, daß eine andere Beurteilung nicht denkbar erscheint. Dies erfordert eine wissenschaftlich begründete, einwandfrei feststehende Erkenntnis¹.

Eine Erfahrung beruht auf "typischen" Vorgängen, wenn die Regeln des Lebens und die Erfahrung des Üblichen und Gewöhnlichen den Schluß aufdrängen, daß der regelmäßige Ablauf oder die regelmäßige Beurteilung auch in einem konkreten Fall gelten². Auf Grund einer solchen "typischen" Erfahrung kann der Richter eine strittige Frage beantworten oder den Beweiswert eines Beweismittels verneinen, wenn keine Gründe erkennbar sind, welche die Richtigkeit des Erfahrungssatzes für den konkreten Fall ernsthaft in Frage stellen³. Dabei ist im Verfahren mit Verhandlungsmaxime zu beachten, daß es der Partei überlassen werden kann, einen von der Erfahrung abweichenden Verlauf vorzutragen, gegen die der Erfahrungssatz spricht⁴.

1) Stein, a.a.O., S. 39; Sarstedt, a.a.O., S. 227 Anm. 5; RG St 16, 331.

2) Zur Typizität eines Geschehensablaufs vgl.: BGH, LM § 256 Nr. 45 ZPO; Hainmüller, a.a.O., S. 29.

3) BGHZ 8, 169; Grunsky, a.a.O., S. 391.

4) Hainmüller, a.a.O., S. 42; vgl. ferner: BGH, VersR 69, 715; 69, 991. Der Beweis mittels typischer Erfahrungssätze ist jedoch nicht auf Verfahren mit Verhandlungsgrundsatz beschränkt; so aber Schneider, Beweis- und Beweismittel, S. 68.

1. Eine Ablehnung wegen der Ungeeignetheit des Beweismittels ist nur dann gerechtfertigt, wenn Erfahrungssätze es zwecklos erscheinen lassen, den Beweis zu erheben¹.

Es gibt Erfahrungssätze über den Beweiswert von Beweismitteln, denn der Aussagewert von Beweismitteln ist mitteilbar². Vor der Beweiserhebung kann der mangelnde Beweiswert allerdings nur dann festgestellt werden, wenn der Erfahrungssatz auf einer "ausnahmslos gleichen" oder einer "typischen" Beurteilung des Beweiswertes beruht³.

a) Erfahrungssätze über den Beweiswert können auf der regelmäßigen Beziehung zwischen einem Beweismittel und einem Beweisthema aufbauen. Ein Beweismittel ist daher ungeeignet, wenn es regelmäßig den Nachweis eines Beweisthemas nicht erbringen kann⁴.

aa) Da der Beweiswert eines Beweismittels zum Nachweis einer Tatsache "regelmäßig" fehlen muß, kann die Besonderheit eines konkreten Falles die Ungeeignetheit nicht begründen. Auch wenn die Beweiserhebung mit großer Wahrscheinlichkeit nichts Sachdienliches ergibt, so ist dennoch Beweis zu erheben⁵.

Die strengen Voraussetzungen, welche an den Nach-

1) Vgl. BGH, VersR 60, 225 und BGH St, NJW 52, 191.

2) Schreiber, Theorie des Beweiswertes, S. 2, 21 f.

3) Siehe oben S. 141 f.

4) Vgl. Schönke, Der Umfang der Beweisaufnahme im Zivilprozeß, in Festgabe Rosenberg, S. 220: die allgemeine Lebenserfahrung muß es als ausgeschlossen erscheinen lassen, daß ...

5) Vgl. BGH, VersR 64, 440 (441).

weis der "Nichteignung" zu stellen sind, werden an einem von BGH entschiedenen Fall deutlich¹:

Ein LKW-Fahrer hatte seinen LKW nachts am Straßenrand wegen eines Schadens geparkt. Ein Reparaturfahrzeug stand dahinter und beleuchtete mit seinen Scheinwerfern die Rückseite des LKW. Ein PKW fuhr mit aufgeblendeten Scheinwerfern mit etwa 100 km/h auf dieses Fahrzeug auf und drehte sich einige Male um seine Achse, wobei die Insassen herausgeschleudert wurden. Beantragt war die Vernehmung eines Warnpostens, der vor den beiden Fahrzeugen stand. Er sollte Auskunft geben, ob ein Mann oder eine Frau am Steuer des PKW gesessen hatte.

Das Berufungsgericht führte aus, bei diesem Zeugen handle es sich um ein offensichtlich ungeeignetes Beweismittel. Es sei ausgeschlossen, daß der Warnposten, während das Fahrzeug aufgeblendet mit einer Geschwindigkeit von 100 km/h auf ihn zukam, erkannt haben könne, ob ein Mann oder eine Frau am Steuer gesessen habe. Auch als das Fahrzeug in seiner Höhe gewesen sei, könne der Zeuge keine derartige Feststellung getroffen haben, denn auch ohne Blendung lasse sich nachts das Innere eines PKW's nicht ausmachen.

In der Revisionsinstanz räumte der BGH zwar ein, es widerspreche der Lebenserfahrung, daß der Zeuge entsprechende Beobachtungen bekunden könne. Indessen sei die Möglichkeit, daß der Zeuge doch Sachdienliches angebe, nicht auszuschließen. Dabei werde nicht verkannt, daß der Zeuge mit sehr großer Wahrscheinlichkeit keine sachdienliche Angabe werde machen können.

Die Obergerichte traten in Zivil- und Verwaltungsstreitigkeiten ferner der Neigung der Gerichte erster Instanz entgegen, eine Beweisaufnahme mit der Begründung abzulehnen, der Aussage des Zeugen könne doch kein Glaube geschenkt werden, da der Zeuge mit der Partei verwandt, ver-

1) BGH, VersR 64, 440 (441).

heiratet oder vorbestraft sei¹.

Ebenso hat der BGH es nicht gebilligt, wenn einer Aussage deswegen kein Beweiswert zugesprochen wurde, weil die Erinnerung infolge der zwischen dem Ereignis und der Aussage verfloßenen Zeit nach der Lebenserfahrung geschwunden sei².

Der Beweiswert dieser Beweismittel kann erst nach der Beweisaufnahme zuverlässig beurteilt werden. Es ist zwar möglich, daß dem Ergebnis der Beweisaufnahme keine Bedeutung beigemessen wird, aber antizipiert werden darf dies nicht.

bb) Regeln über die fehlende Eignung von Beweismitteln zum Nachweis der Beweisthemen haben sich in folgenden Fällen herausgebildet:

Eine Vernehmung von Personen (als Zeugen oder Partei) ist zwecklos, wenn ein sog. natürliches Hindernis dem Beweiswert entgegensteht³. Solche "natürliche Hindernisse" machen die Beweiser-

1) OGH Brit. Zone, Bd. 1, 347; BGH, FamRZ 64, 150; BVerwG, ZLA 66, 318.

Auch wenn sich diese Umstände kumulieren, kann keine andere Beurteilung eingreifen: anders jedoch Schönke, Umfang der Beweisaufnahme, Festgabe für Rosenberg, S. 221.

Auch die Aussage der Kindsmutter ist geeignetes Beweismittel, nur ist der Beweiswert der Aussage gering. Zu weitgehend: OLG Schleswig, NJW 1955, 1881: die Aussage der Kindsmutter sei kein geeignetes Beweismittel. Der Beweis sei mit wissenschaftlichen Beweismitteln zu führen.

2) BGH, VersR 58, 170, 340, 888.

3) BAG, NJW 66, 2426.

hebung überflüssig,

wenn ein Kind eindeutig zu jung ist, um brauchbare Wahrnehmungen von den erheblichen Tatsachen gemacht zu haben¹;

wenn eine Person zur Unterscheidung zwischen Tatsachen und Vorstellungen nicht in der Lage ist²;

wenn eine Person mit Rücksicht auf ihren Gesundheitszustand nicht fähig ist, Vorgänge oder Fakten aus der Vergangenheit hinreichend vollständig zu reproduzieren³.

Ein Zeuge oder eine Partei sind ungeeignete Beweismittel, wenn sie zu einem Thema aussagen sollen, zu dem sich nur ein Sachverständiger zuverlässig äußern kann:

Ein Laie kann als Zeuge nicht mit Aussagewert beurteilen, ob die Schmerzen eines Dritten unerträglich waren und seine Arbeitskraft systematisch herabminderten⁴.

Liegt der entscheidungserhebliche Zustand zeitlich vor den Wahrnehmungen des Zeugen, so kann der Zeuge darüber nichts aussagen. Es ist die Aufgabe eines Sachverständigen, von dem heutigen Zustand auf den früheren zu schließen⁵.

1) Stein-Jonas-Pohle, § 284 B III 6; Schönke, Umfang der Beweisaufnahme, S. 221. Dabei wird es auf das Alter und auf das Geschehen, über das berichtet werden soll, ankommen: vgl. Schneider, Beweis und Beweiswürdigung, S. 162 f.

2) BGH, VersR 60, 225.

3) BAG, NJW 66, 2426.
Zur Wiedergabefähigkeit vgl.: E. Schneider, Beweis und Beweiswürdigung, S. 153 f.

4) BGH, VersR 58, 167 (8).

5) BGH, VersR 61, 1021 (2).

Eine Partei- oder Zeugenaussage vermag die Auslegung einer Willenserklärung nicht zu entkräften, wenn der objektive Aussagegehalt feststeht und kein vom Wortlaut abweichender übereinstimmender Wille behauptet wird¹. Durch einen Beweisantrag kann daher keine andere Interpretation der Willenserklärung erstrebt werden.

Ein Sachverständiger ist ein ungeeignetes Beweismittel, wenn das Beweisthema nicht so präzisiert werden kann, daß der Gutachter sein Ergebnis mit der für die Feststellungen des Gerichts notwendigen Sicherheit dartun kann².

Durch Sachverständigenbeweis sollte die Behauptung, eine gegen die Fahrtrichtung zu öffnende Zugtür schließe sich durch Bremsen während der Fahrt, wenn sie noch nicht geschlossen war, und öffne sich dann nicht mehr, nachgewiesen werden. Diese Behauptung enthält eine zu ungenaue Tatsachenbasis für den Sachverständigen, um beurteilen zu können, ob die Tür während der Fahrt geschlossen war. Der behauptete Erfahrungssatz kann nämlich schon deshalb nicht zutreffen, weil Fremdkörper, wie z.B. im Winter gefrorener Schnee, das Einrasten verhindern können³.

Ein Sachverständigengutachten kann die Wahrheitsfindung daher nur fördern, wenn seine tatsächlichen Grundlagen feststehen⁴.

1) BGH, LM § 157 BGB (B) Nr. 1; LM § 157 BGB (Gf) Nr. 2; BAG AP Nr. 28 zu § 133 BGB: Nur wenn sich eine Partei auf einen vom Wortlaut abweichenden übereinstimmenden Willen beruft, darf sich das Gericht nicht mit einer Auslegung begnügen; vgl. ferner Schneider, ZZP Bd. 75, 199.

2) OLG München, VersR 58, 630 (1).

3) OLG München, VersR 58, 630 (1).

4) BGH, VersR 66, 270 (271); 59, 392.

Einem Beweisantritt über Windböen an der Unfallstelle fehlen z. B. die notwendigen tatsächlichen Grundlagen, da Windböen räumlich begrenzt sind und sich daher nachträglich nicht bestimmen lassen¹.

Allerdings basieren die Aussagen von Sachverständigen oft auf nur ungenau festlegbaren Tatsachen, so daß der Sachverständige hier ohne unbewiesene oder ungewiß bleibende Annahmen nicht auskommen kann. Dies hindert jedoch den Sachverständigenbeweis nicht, wenn der Sachverständige die verbleibende Ungewißheit so einengen kann, daß sie einer gesicherten Aussage nicht entgegensteht.

So kann der Sachverständige die Länge von Bremswegen beurteilen, obgleich die äußeren Umstände in jedem Fall leicht differieren².

Der Augenscheinsbeweis ist ungeeignetes Beweismittel, wenn der Gegenstand des Augenscheins nur zu dem Zeitpunkt feststellbar war, als der Anspruch entstand.

Der Antrag auf Vornahme einer Ortsbesichtigung ist ungeeignetes Beweismittel, wenn die Örtlichkeit im Zeitpunkt der Beweisaufnahme verändert ist³.

Ein Antrag, die Ungenauigkeiten einer theoretischen Bremswegberechnung durch einen praktischen Versuch zu berichtigen, ist zur Beweisführung ungeeignet, wenn das Unfallfahrzeug in dem Zustand⁴ zur Zeit des Unfalls nicht zur Verfügung steht⁴.

1) BGH, VersR 66, 270 (271).

2) BGH, VersR 59, 387 (8).

3) BGH, VersR 58, 45 (6); 59, 758; 58, 630 (1).

4) BGH, VersR 61, 615 (7).

Wegen der Einmaligkeit der konkreten Situation wurde der Antrag abgelehnt, durch einen praktischen Versuch festzustellen, daß man in einem VW ein sich wehrendes Mädchen nicht vergewaltigen könne¹.

Eine Urkunde ist zur Beweisführung ungeeignet, wenn sie nur einen mittelbaren Beweis ermöglicht, das unmittelbare Beweismittel zur Verfügung steht und es auf den genauen Wortlaut der Äußerungen sowie ihrer Begleitumstände ankommt².

So können sich die Parteien in einem solchen Fall nicht auf ein Vernehmungsprotokoll, das die Aussage in einem anderen Verfahren wiedergibt, berufen. Der Zeuge ist vielmehr nochmals vor dem Prozeßgericht zu vernehmen.

b) Während die Rechtsprechung im Strafprozeß die Ablehnung wegen Ungeeignetheit auf die geschilderten Fälle beschränkt³, werden im Zivilprozeß Beweisanträge auch dann abgewiesen, wenn sich die mangelnde Eignung aus der bereits durchgeführten Beweisaufnahme ergibt.

aa) Nach der Rechtsprechung ist die völlige Ungeeignetheit eines Beweismittels auch dann anzunehmen, wenn "unter Berücksichtigung einer umfangreichen Beweisaufnahme jede Möglichkeit ausgeschlossen ist", daß der beantragte Beweis Sachdienliches ergibt und die bereits gewonnene

1) BGH St, NJW 61, 1486.

2) Vgl. OLG Stuttgart, ZZP Bd. 68, 94 (5).

3) Vgl. Kleinknecht, § 244 Anm. 13; BGH St, JR 54, 310; BGH bei Martin, DAR 1971, 122 (Nr. 4). Der zuletzt genannten Entscheidung ist darin zuzustimmen, daß nicht jeder Sachverständigenbeweis den Gegenbeweis durch einen Zeugen ungeeignet erscheinen läßt. Vielmehr kommt es entscheidend auf den Beweiswert der in dem Gutachten verwandten Erfahrungssätze an.

Überzeugung des Richters erschüttert¹.

Der Kläger nahm die öffentliche Hand wegen Verletzung der Straßenverkehrssicherungspflicht in Anspruch. Im Prozeß sollte die Beschaffenheit der Straße an der Unfallstelle zur Zeit des Unfalls vor vier Jahren geklärt werden².

Der damals bei dem Unfall anwesende Beamte und Augenzeugen hatten sich bereits geäußert, außerdem wurden Lichtbilder herangezogen. Das Ergebnis dieser Beweisaufnahmen rechtfertigte die Verletzung der Straßenverkehrssicherungspflicht nicht.

Der Kläger wollte dieses Ergebnis umstoßen, indem er die damals auf diesem Streckenabschnitt tätigen Straßenarbeiter als Zeugen benannte. Das Gericht gab diesem Beweisantritt nicht statt. Es hielt diese Zeugen zur weiteren Aufklärung für ungeeignet. Das Beweisergebnis sei so sicher, daß auch die gegenteilige Aussage der Straßenarbeiter daran nichts ändern könne, zumal nicht dargetan sei, weshalb sich diese erst nach 4 Jahren äußerten und sich gerade an dieses Straßenstück in dem damaligen Zustand erinnerten.

Einen Konflikt mit dem Verbot der vorweggenommenen Beweiswürdigung sieht die Rechtsprechung nicht, wenn das Gericht aus "besonderen Gründen" vom Unwert des Beweismittels überzeugt ist und dies eingehend begründet. Der Nachweis des Gegenteils sei in diesen Fällen von vornherein ausgeschlossen³.

Diese Ansicht führte zu diffizilen Erwägungen, wann ein solcher "besonderer Grund" vorliegt:

Ausgangspunkt ist, daß die Un-

1) OGH BrZ 1, 347 (= NJW 49, 387); BGH, ZMR 62, 310; FamRZ 64, 150; LM § 286 (E) ZPO Nr. 11; RG, DR 1942, 862.

2) BGH, VersR 59, 729 (731).

3) BGH, VersR 61, 809 (810); OGH BrZ 1, 347; BVerwG, ZLA 66, 318; BVerwGE 2, 329; DVBl 65, 88.

geeignetheit nicht allein darauf gestützt werden darf, auf Grund des bisherigen Beweisergebnisses sei die Überzeugung des Gerichts auch durch einen Gegenbeweis nicht zu erschüttern¹. Allein das "klare Ergebnis einer umfangreichen Beweisaufnahme" schließe nicht jede Möglichkeit eines anderen Beweisergebnisses aus. So mißbilligte es der BGH, daß mit folgenden Überlegungen von der Beweiserhebung Abstand genommen wurde:

Die Bekundungen des Zeugen seien nicht geeignet, die Überzeugung des Gerichts nach Lage der Umstände (umfangreiche Beweisaufnahme) zu ändern².

oder:

Die unter Beweis gestellte Behauptung sei bereits durch das Ergebnis der bisherigen Beweisaufnahme widerlegt³.

Eine Ablehnung, die sich auf das "bisherige klare Ergebnis" der Beweisaufnahme stützt, muß über die Darlegung der Überzeugung des Gerichts hinaus konkrete Angaben enthalten, warum der angebotene Gegenbeweis die Würdigung nicht verändern kann⁴:

So könne sich das Gericht darauf berufen, daß eine "einfache und eindeutige" Sachlage vorliege, welche keine verschiedenen Deutungen

1) Dies geht z. B. hervor aus BGH, VersR 63, 349 (350).

2) BGH, VersR 65, 164; BVerwG, NJW 56, 923.

3) BGH, NJW 51, 481.

4) BGH, VersR 63, 349 (350): enthält ein Antrag positive Angaben über die Eignung, so kann das Gericht den Antrag nicht als ungeeignet abweisen.

zulasse. Hier sei es ausnahmsweise gerechtfertigt, den Gegenbeweis nicht zu erheben¹. Daß die Rechtsprechung dabei den Begriff der "einfachen und eindeutigen" Sachlage nicht eng interpretiert, zeigt die nachfolgende Entscheidung²:

In einer ausreichend breiten Linkskurve stießen ein LKW und ein Omnibus zusammen. Der LKW prallte mit seinem linken Kotflügel gegen die linke Breitseite des Omnibusses und rutschte dann in den Straßengraben. Der Omnibus stand nach dem Zusammenstoß schräg auf der Straße und ragte mit dem Vorderteil in die linke Fahrbahnhälfte hinein.

Bei dieser Ausgangslage war umstritten, welches der beiden Fahrzeuge beim Unfall nicht äußerst rechts gefahren war. Der LKW-Fahrer leitete aus der Stellung des Omnibusses ab, daß der Omnibus nicht rechts gefahren sei und stellte dies unter Beweis. Das Gericht lehnte diesen Beweisantrag ab, da auf Grund der bisherigen Beweisaufnahme erwiesen sei, daß der Omnibus die Kurve langsam und äußerst rechts angefahren habe, während der LKW bei erhöhtem Tempo erst unmittelbar beim Einfahren in die Kurve nach rechts gezogen wurde. Auch die Stellung des Omnibusses nach dem Unfall könne an diesem Bild nichts ändern, da diese durch den Stoß zu erklären sei. Bei dieser einfach zu erklärenden Sachlage brauche den angebotenen Gegenbeweisen nicht nachgegangen zu werden.

Die Zwecklosigkeit einer Beweiserhebung ist nach der Meinung der Rechtssprechung ferner dargetan, wenn bereits "ein klares Ergebnis der Beweisaufnahme vorliegt und der beantragte Beweis in einem vorangegangenen Verfahren erhoben wurde, aber damals nichts Wesentliches

1) BGH, VersR 61, 809 (810); VRS, Bd. 21, 258.

2) BGH, VersR 61, 809 (810).

ergab"¹.

Zweifelhaft erscheint, daß es der BGH als Beleg der mangelnden Eignung, die Überzeugung des Gerichts zu verändern, für ausreichend angesehen hat, daß "eine größere Anzahl" Zeugen übereinstimmend das Gegenteil der unter Beweis gestellten Behauptung bestätigte². Das BVerwG³ hat es hingegen abgelehnt, einer Beweiswürdigung deshalb mehr Gewicht zuzusprechen, weil sie sich auf eine Vielzahl von Zeugenaussagen stützte. Die Zahl der bereits vernommenen Zeugen sei unerheblich.

bb) Egon Schneider⁴ bemüht sich wegen dieser Abgrenzungsschwierigkeiten um eine besser fundierte Trennung des "geeigneten" vom "ungeeigneten" Beweismittel. Er erblickt in der Ablehnung eines Gegenbeweisantrags im Hinblick auf bereits erhobene Beweise eine vorweggenommene Beweiswürdigung. Diese sei aber zulässig, wenn der beantragte Beweis hinter dem bereits erhobenen "absolut" an Überzeugungskraft zurückstehe. Es handele sich dabei um eine vorweggenommene Beweiswürdigung auf Grund genereller Einsichten.

-
- 1) BGH, VersR 63, 349 (350).
Allein aus dem Ergebnis eines anderen Verfahrens kann die Nichteignung aber nicht abgeleitet werden: BGH, VersR 59, 46 (47).
 - 2) BGH, NJW 56, 1480; aufrecht erhalten in BGH LM Nr. 11 zu § 286 (E) ZPO.
 - 3) BVerwG, NJW 68, 1441 und ZLA 67, 297.
 - 4) E. Schneider, ZZP Bd. 75, 191 f.
Die zitierte Entscheidung des LG Köln ist auf S. 194 abgedruckt;
ferner Schneider in: Beweis und Beweiswürdigung, S. 40.

So hebe ein Blutgruppengutachten oder erbbiologisches Gutachten den Beweiswert der Aussage der Mutter über ihren Intimverkehr auf, da der Beweiswert der Gutachten vorgehe und die Mutter diesen nicht durch ihre Aussage erschüttern könne. Gleiches gelte von ärztlichen Blutproben und Lichtbildern von der Unfallstelle im Verhältnis zu Aussagen der Augenzeugen.

Darüber hinaus will Schneider den Anwendungsbereich dieses Ablehnungsgrundes dadurch ausweiten, daß er psychologischen Gesetzmäßigkeiten einen größeren Einfluß zuspricht als die Rechtsprechung¹:

Wurde ein Zeuge bereits unmittelbar nach dem Ereignis, über das er aussagen soll, vernommen und enthält der Beweisantrag keine Angaben, warum eine neue Vernehmung inhaltlich ergiebiger und überzeugungskräftiger sein soll, so geht Schneider davon aus, daß die zweite Bekundung aus psychologischen Gründen einen so geringen Beweiswert hat, daß sie sich nicht gegenüber der ersten Vernehmung durchzusetzen vermag². Diese Voraussetzungen sieht er bei folgendem vom LG Köln entschiedenen Fall als

-
- 1) Die Rspr. lehnte dies z. B. ab in: BGH, VersR 58, 170, 340, 888.
Zu psychologischen Erfahrungen als Beweisregeln vgl. auch Sarstedt, Beweisregeln, in Festschrift für E.E. Hirsch, S. 171 f. (181 f.): er zitiert allerdings nur Erfahrungsregeln, die eine Beweiswürdigung in Frage stellen und nicht solche, die sie ersetzen.
 - 2) Soweit sich Schneider dabei auf RG, JW 1921, 748 Nr. 12 beruft, ist dem zu widersprechen: das RG hat nämlich den Beweisantrag gerade nicht abgelehnt, sondern den Erfahrungssatz bei der Beweiswürdigung verwandt. Gerade hierin liegt aber der entscheidende Unterschied.

gegeben an:

Die als Zeugin benannte Frau hatte bereits in einem früher bei derselben Kammer anhängig gewesenem Rechtsstreit über das Beweisthema ausgesagt. Die Aussage war damals unergiebig. In dem nach vier Jahren angestregten Verfahren sollte sie wiederum dieselben für den Antragsteller günstigen Wahrnehmungen bekunden. Diesem Beweiserbieten hat das LG Köln nicht stattgegeben, da Zeugen nach Erkenntnissen der Experimentalpsychologie nicht zuverlässiger aussagen als sie schon ausgesagt hatten. Die Gedächtnisleistung sei weitgehend von der Zeit abhängig, die zwischen der ursprünglichen Wahrnehmung und ihrer Reproduktion liege.

cc) Das "noch geeignete" Beweismittel ist von dem "ungeeigneten" dadurch abzugrenzen, daß Erfahrungssätze hoher Beweiskraft die mangelnde Eignung belegen müssen. Auf diese Weise kann auch der Beweisführer die Erfolgsaussicht seines Beweisanspruchs überprüfen.

Es gibt Erfahrungssätze über die Eignung eines Beweismittels, wenn über dasselbe Beweisthema bereits mit einem anderen Beweismittel Beweis erhoben wurde. Solche Erfahrungssätze können die Beweiserhebung jedoch nur überflüssig machen, wenn die in dem Erfahrungssatz enthaltene Regel den Beweiswert mit hoher Sicherheit verneint. Die bloße Unwahrscheinlichkeit eines Beweiswertes genügt nicht. Im Regelfall wird der Erfahrungssatz nur eine gewöhnliche, im Ausnahmefall auch anders denkbare Wertung aufzeigen. Insoweit ist die Zurückhaltung der Rechtsprechung im Strafprozeß begrüßenswert. Dennoch existieren in beiden Verfahren Erfahrungssätze der zur Vorwegwürdigung notwendigen Aussagekraft, auf welche bei der Beurteilung der Beweisansprüche nicht verzichtet werden darf.

Ein "Beweisunwert" ist anzunehmen, wenn ein naturwissenschaftliches Beweismittel, wie das erbbiologische Gutachten, die Beweisfrage eindeutig und zweifelsfrei geklärt hat und nun als Gegenbeweis eine Zeugenaussage angeboten wird¹. Diese hat eine so geringe Beweiskraft für die strittige naturwissenschaftliche Frage, daß der in Anspruch genommene Schluß auch ohne Beweiserhebung verneint werden kann.

Ferner ist ein Blutgruppengutachten durch ein erbbiologisches Gutachten nicht entkräftbar². Hat das Blutgruppengutachten die Nichtvaterschaft bestätigt, so kann diese Feststellung wegen des geringeren Beweiswertes nicht durch eine erbbiologische Untersuchung widerlegt werden.

Aber nicht immer muß der Beweiswert kraft naturgesetzlicher Erfahrung zu verneinen sein. Kommt bestimmten Beweismitteln nach der Erfahrung "typischerweise" kein Beweiswert zu, so kann die Nichteignung konstatiert werden, wenn eine Ausnahme von der Regel nicht dargelegt ist:

-
- 1) E. Schneider, ZZP Bd. 75, S. 191 f.
beachte: Durch diesen Gegenbeweis wird nicht anderes Erfahrungswissen unter Beweis gestellt - dies wäre nur durch einen Sachverständigenbeweis möglich -, sondern das Ergebnis wird im Wege des Tatsachenbeweises angegriffen. Dies ist grundsätzlich möglich.
 - 2) BGHZ 2, 13; Thomas-Putzo, § 372 a, Anm. 2; OLG Schleswig, NJW 1968, 1188. Zum Beweiswert von Blutgruppengutachten vgl.: Pettenkofer, Die Blutgruppen als Beweismittel im Vaterschaftsprozeß, z.B. S. 22: nur bestimmte Blutgruppenmerkmale haben absolute, jeden Gegenbeweis ausschließende Beweiskraft. ("Absolute Sicherheit" liege dabei - da es eine hundertprozentige Sicherheit in der Natur nicht gibt - bei einer Sicherheit von 99,73 % vor)

Hat das Gericht durch einen Augenschein oder durch eine Urkunde eigene unmittelbare Eindrücke gewonnen, so kann das Beweisergebnis nicht durch ein weniger sachnahes Beweismittel in Frage gestellt werden, ohne daß dessen Beweiskraft belegt ist. Der Beweiswert der unmittelbaren Wahrnehmung geht grundsätzlich den nur vermittelten Eindrücken vor¹.

Hat das Gericht durch einen Augenschein an Ort und Stelle² festgestellt, daß zwei Wege von einer Kiesgrube zur Autobahn führen, so ist der Zeuge, der drei Zufahrtsmöglichkeiten bestätigen soll, regelmäßig ein ungeeignetes Beweismittel. Der Beweiswert des Augenscheins über dieses Thema ist der Aussage des Zeugen eindeutig überlegen³.

1) Vgl. Schneider, Beweis- und Beweiswürdigung, S. 225 (die Formulierung ist allerdings nach der hier vertretenen Meinung zu weit - gehend).

2) Als Grenzfall ist es anzusehen, wenn sich der Augenschein auf Lichtbilder oder Stadtpläne stützt:

Der BGH, VersR 59, 729 (731) erblickte in einem Zeugen, der das durch ein Lichtbild gewonnene Bild widerlegen sollte, ein ungeeignetes Beweismittel.

Der BGH St, NJW 69, 1219 ließ auch gegen Stadtpläne den Gegenbeweis durch amtliche Auskunft der Verkehrspolizei nicht zu.

M.E. ist die Entscheidung im Einzelfall davon abhängig, was durch Lichtbild oder Stadtplan bewiesen werden soll. Stadtpläne und Lichtbilder können einer Wiedergabe menschlicher Eindrücke eindeutig überlegen sein, müssen dies aber nicht in jedem Fall. So wird z. B. ein Lageplan die Länge einer Straße so sicher belegen, daß der Zeuge, der die geschätzte Länge wiedergeben soll, den Gegenbeweis erfahrungsgemäß nicht erbringen kann (zur Unsicherheit solcher Schätzungen vgl. Schneider, Beweis und Beweiswürdigung, S. 158).

3) Vgl. BGH St NJW 69, 1219 (Das Beispiel wurde hier abgewandelt).

Wird der Beweiswert wegen regelmäßiger Beobachtungen verneint, so kann der Beweisführer durch Angaben über die Eignung des angebotenen Beweismittels im konkreten Fall die Regel in Frage stellen. Durch sie macht er deutlich, daß das Beweismittel in diesem Fall doch Aussagewert besitzt. Enthält der Beweisantrag und der Parteivortrag keine solchen Angaben, so muß das Gericht im Zivilprozeß allerdings von dem Regelverhältnis ausgehen¹.

Im letzten Beispiel müßte der Antragsteller etwa ausführen, der Zeuge sei Einheimischer und mit dieser Gegend besonders vertraut. Der dritte Weg sei nicht einfach zu erkennen und werde nur von Ortskundigen benutzt.

Ist somit zwar dem sachnäheren Beweismittel grundsätzlich der Vorzug zu geben², so be-

-
- 1) Vgl. dazu die Ausführungen auf S.103 f., 141 f. über die regelmäßig gültigen Erfahrungssätze.
 - 2) So kann auf den beantragten unmittelbaren Beweis auch nicht gegen den Willen nur einer Partei verzichtet werden:
vgl. BGH, VersR 70, 322 (3): es reicht nicht aus, daß sich eine Partei mit dem Urkundenbeweis nicht einverstanden erklärt. Will sie die Unmittelbarkeit wahren, so muß sie die entsprechenden Beweisanträge stellen; vgl. ferner BGH, VersR 70, 375 (6).
Der unmittelbar zu erhebende Beweis kann auch nicht im Hinblick auf einen bereits erhobenen mittelbaren Beweis als "ungeeignet" bezeichnet werden. Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme verbietet, daß das Gericht die fehlende Eignung wegen etwaiger Vorteile des mittelbaren Beweismittels konstatiert: vgl. BGH, FamRZ 66, 566; VersR 64, 70; LM § 286 (E) Nr. 7 ZPO = VersR 56, 63; OLG Kiel, SchlHA 47, 292; BGH, VersR 70, 322 (3).

deutet dies doch nicht, daß dem mittelbar zu erhebenden Beweis in jedem Falle deshalb nicht nachzugehen ist, weil bereits das unmittelbare¹ Beweismittel verwertet wurde². Auch wenn der bereits im Strafverfahren vernommene Zeuge im Zivilprozeß nochmals zur Sache gehört wurde - also dem Grundsatz der Unmittelbarkeit Rechnung getragen wurde -,

-
- 1) Nicht gemeint ist hier die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme i.S. des § 355 ZPO, d.h. der Grundsatz der Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gericht.
Zu unterscheiden ist ferner zwischen dem Beweis mit einem mittelbaren Beweismittel und dem Beweis über mittelbar erhebliche Tatsachen (Indizien), vgl. dazu Kleinknecht, § 250 Anm. 1.
Zum Unmittelbarkeitsgrundsatz vgl.: J. Goldschmidt, a.a.O., S. 450; Peters, ZZP Bd. 76, 145 f., 158, 159; Schneider, ZZP Bd. 75, 199 f und Beweis und Beweiswürdigung, S. 132; BGH, VersR 69, 453; 70, 322 f. Dieser Grundsatz gilt jedoch nicht beim Sachverständigenbeweis: hier ist nur entscheidend, ob der Richter die notwendige Sachkunde erlangt hat - gleichgültig, ob auf unmittelbarem oder mittelbarem Wege, vgl. BGH VersR 58, 340 (1); 61, 1138 (9) a. A. Schneider, ZZP Bd. 75, 203 und Beweis und Beweiswürdigung, S. 225.
- 2) BGHZ 7, 116, 121; BGH, FamRZ 64, 150; LM § 286 (E) Nr. 3, 7 ZPO; VersR 58, 170; 58, 340 (1); 63, 195 (6).
Ein Widerspruch gegen die mittelbare Beweiserhebung ist allerdings noch kein Beweisanspruch: vgl. BGH, VersR 70, 322.

kann das Protokoll aus dem Strafverfahren herangezogen werden. Das Gericht entscheidet in freier Beweiswürdigung, welchem Beweis es sich anschließt.

Das unmittelbare Beweismittel nimmt dem mittelbaren nur dann jeden Beweiswert, wenn das unmittelbare Beweismittel dem mittelbaren zum Nachweis des Beweisthemas eindeutig überlegen ist und ein Aussagewert entgegen der Regel nicht dargetan ist.

Allein aus dem Vorliegen einer umfangreichen Beweisaufnahme kann hingegen nicht geschlossen werden, daß der angebotene Gegenbeweis wertlos ist. Es ist auch nach einer längeren Beweisaufnahme möglich, daß ein Gegenbeweis das Resultat der Beweisaufnahme widerlegt. Gerade diese Chance soll das Verbot einer vorweggenommenen Beweiswürdigung sichern. Dies gilt auch in "einfachen Sachlagen"¹. Wäre die Sachlage so einfach, daß ein Gegenbeweis ohne Erfolgsaussicht ist, so müßte die Beweistatsache unmöglich sein. Ebenso wenig kann aus einer Beweisaufnahme in einem Vorprozeß die Zwecklosigkeit einer Beweiserhebung abgeleitet werden². Es ist denkbar, daß die Aussage bei einer zweiten Vernehmung ergiebiger ist.

Die von Schneider zitierten psychologischen Gesetzmäßigkeiten sind nicht ausreichend beweiskräftig, um den Beweisunwert darzutun.

1) So aber die Rechtsprechung: siehe oben S.152.

2) Siehe oben S. 153.

Aus psychologischen Regeln sind zwar Erfahrungssätze abzuleiten, welche bei der Beweiswürdigung zu beachten sind¹. Es handelt sich dabei jedoch in aller Regel nur um Wahrscheinlichkeitsurteile. Eine geringe Wahrscheinlichkeit genügt jedoch nicht zur Ablehnung von Beweisanträgen².

c) Ohne auf den Aussagewert des Beweises eingehen zu müssen, kann der Beweisunwert eines Beweismittels vor der Beweiserhebung festgestellt werden, wenn sicher ist, daß das Beweismittel für den Prozeß nicht zur Verfügung stehen wird. Dies tritt in der Form der sog. Unerreichbarkeit des Beweismittels in Erscheinung.

Mit dieser Begründung werden Anträge auf Personenvernehmungen zurückgewiesen, wenn die Person unbekannten Aufenthalts oder verschollen ist³. Bloße Schwierigkeiten bei der Beweisaufnahme rechtfertigen die Annahme einer Unerreichbarkeit allerdings nicht⁴.

-
- 1) Nur das besagt das von E. Schneider zitierte Urteil RG, JW 1921, 748 Nr.12.
 - 2) Vgl. Schreiber, a.a.O., S. 13: Eine generelle Zulassung von Wahrscheinlichkeitsgesetzen zum Beweis von Tatsachenbehauptungen führt zur Ausuferung der Anspruchsgrundlagen; ferner: Schima, a.a.O., Festschrift Bötticher, S. 277.
 - 3) Stein-Jonas-Pohle, § 284 B III 2 a; Schöнке, Umfang der Beweisaufnahme, Festgabe Rosenberg, S. 220.
 - 4) Vgl. Alsberg-Nüse, a.a.O., S. 215: Die Schwierigkeiten müssen unüberwindlich sein. Ebenso Schöнке, a.a.O., S. 220.

2. Bereits bei Antragstellung kann mit Hilfe von Erfahrungssätzen naturgesetzlicher Beweiskraft¹ feststehen, daß die behauptete Tatsache nicht wahr sein kann. Ist eine solche Aussage aus einem Erfahrungssatz zu gewinnen, so ist die behauptete Tatsache "unmöglich".

Als unmöglich ist diejenige Tatsachenbehauptung anzusehen, die entweder überhaupt oder unter den gegebenen Umständen nicht wahr sein kann, weil "ihre Wahrheit mit einem als richtig erachteten Erfahrungssatz in Widerspruch treten würde"². Nur Tatsachen des Naturlebens und allgemein gültige Erkenntnisse der Wissenschaft können so gewiß sein, daß ihr Gegenteil nicht bewiesen werden kann³.

Will eine Mutter beweisen, ihr Kind aus einem Verkehr dreizehn Monate vor Geburt des Kindes empfangen zu haben, so widerspricht diese Behauptung sicherer allgemeiner Lebenserfahrung. Die Erfahrung hat gelehrt, daß zwischen Empfängnis und Geburt eines Kindes nie mehr als zwölf Monate liegen⁴.

Wenn der Antragsteller jedoch plausibel begründet, warum das Unmögliche doch möglich sein kann, so ist auch über die nach bisheriger Erfahrung als unmöglich betrachtete Tat-

1) Zu den Anforderungen an diese Erfahrungssätze: siehe S. 143 .

2) Stein, Das private Wissen des Richters, S. 37, 38.

3) So RG St 16, 331; vgl. ferner Stein, a.a.O., S. 39 und Sarstedt, a.a.O., S. 227 Anm. 5.

4) Vgl. Sarstedt, a.a.O., S. 220; Sellke, a.a.O., S. 13.

sache Beweise zu erheben¹. Denn Erfahrungssätze können infolge neuer Erkenntnisse ihre Geltung verlieren².

So wurde bis vor einigen Jahren der Erfahrungssatz, eine Schwangerschaft sei die Folge einer Beiwohnung, für ausnahmslos gültig angesehen³. Durch das Bekanntwerden der künstlichen Befruchtung wurde dieser Erfahrungssatz umgestoßen. Trägt die Frau einen solchen Eingriff vor, so ist - ohne daß eine Beiwohnung stattgefunden hat - Beweis über die strittige Abstammung zu erheben.

B. Ablehnung aus verfahrensrechtlichen Gründen

Auch wenn der Antrag aus "beweisrechtlichen"⁴ Gründen nicht abgelehnt werden kann, so bleibt dennoch zu prüfen, ob er aus "verfahrensrechtlichen Gründen" zurückzuweisen ist⁵. Denn die Sachverhaltsaufklärung im Prozeß wird nicht nur durch das Gebot der Wahrheitsermittlung, sondern auch durch Zweckmäßigkeit und Billigkeit bestimmt⁶. Soweit Zweckmäßigkeitserwägungen die

1) Vgl. BGH St 6, 295: Die Offenkundigkeit brauche nicht für alle Zeiten unverändert fortbestehen. Durch den Vortrag bisher nicht berücksichtigter und erörterter Umstände könne die Offenkundigkeit erschüttert werden.

Was der BGH für die Offenkundigkeit angeführt hat, gilt entsprechend auch für die Unmöglichkeit. Denn auch diese stützt sich auf Erfahrungssätze, wenn auch höherer Beweiskraft. An den zur Erschütterung des Erfahrungssatzes erforderlichen Vortrag sind daher strengere Anforderungen zu stellen.

2) Stein, a.a.O., S. 38, 39; Leonhard, Die Beweislast, S. 192; Esser, Der Ausforschungsbeweis, S. 141. Anm. 410; Mezger, Der psychiatrische Sachverständige im Prozeß, S. 41.

3) Vgl. Mezger, a.a.O., S. 41.

4) Zur Begriffbestimmung siehe S. 113.

5) Vgl. BGHZ 53, 259.

6) Löwe-Rosenberg, Einleitung Kap. 12, I (S. 167, 168) sprechen vom "allgemeinen Gebot der Ge-
rechtigkeit".

Beweiserhebungspflicht aufheben, muß dies im Verfahrensrecht selbst geregelt sein¹. Die Billigkeit verbietet, die Wahrheitserforschung mit allen Mitteln und auf jedem Wege zu betreiben. Auch wenn insoweit keine zivilprozessuale Regelung von Treu und Glauben vorliegt, kann der allgemeine Grundsatz von Treu und Glauben Weg und Mittel der Sachverhaltsaufklärung verwerflich erscheinen lassen.

I. 1. Der Gesetzgeber kann die strenge Beweiserhebungspflicht auflockern, denn er bestimmt, wie das Prozeßverfahren auszugestalten ist. Zwar wird durch eine solche Einschränkung der Beweiserhebungspflicht der Zweck eines Beweisanspruchs, die Wahrheit aufzudecken, beeinträchtigt, jedoch ist der Gesetzgeber zu solchen Eingriffen befugt. Denn die Wahrheitsermittlung ist nicht das einzige Prozeßziel. Die Rationalität des Verfahrens - Prozeßökonomie, Konzentration und Beschleunigung des Verfahrens - steht gleichwertig neben der Wahrheitsfindung und kann diese zurückdrängen. Der Prozeß soll nicht unter allen Umständen und mit allen Mitteln die Wahrheit zu Tage fördern, sondern die Wahrheitsermittlung muß in einem vernünftigen Verhältnis zur Prozeßdauer, zum gerichtlichen Arbeitsaufwand, zur Bedeutung des Beweismittels oder Beweisthemas stehen². Diese Abwägung vorzunehmen, ist dem Gesetzgeber auf-

-
- 1) Vgl. Löwe-Rosenberg, § 244 Anm. V 2 (S. 1285); ferner: von Mettenheim, Der Grundsatz der Prozeßökonomie im Zivilprozeß, S. 28, 29: der Gedanke der Prozeßökonomie müsse in rechtspolitischen Entscheidungen des Gesetzgebers seinen Niederschlag finden, wenn sich der Richter auf die Prozeßökonomie berufen wolle.
- 2) Lent, ZZP. Bd. 63, S. 1 f., S. 40; Kuchinke, Freiheit und Bindung, S. 15 f.

gegeben¹.

Der Gesetzgeber hat im Zivilprozeß von dieser Berechtigung in folgenden Fällen Gebrauch gemacht:

1. bei § 287 ZPO, der freien Schadensschätzung
2. bei § 398 ZPO, der wiederholten Zeugenvernehmung
3. bei § 412 ZPO, dem weiteren Gutachten und dem Obergutachten
4. bei §§ 283/II, 279/I ZPO, dem verspäteten Vorbringen innerhalb einer Instanz².

2. Von der Beweiserhebungspflicht ist der Richter dadurch freigestellt³, daß die Beweisanzordnung seinem Ermessen überlassen wurde.

Da die Beweiserhebung im Ermessen des Richters liegt, kann man nicht mehr von einer "grundsätzlichen Beweiserhebungspflicht" sprechen⁴.

Dem Antragsteller erwächst dafür ein Recht auf fehlerfreien Ermessensgebrauch⁵. Das Gericht kann sein Ermessen nur innerhalb der Ermessensgrenzen frei betätigen.

-
- 1) So wurde durch § 24 der Verordnung vom 1.9.1939 (RGBl. I S. 1658) jede Beweiserhebung vom freien Ermessen des Gerichts abhängig gemacht: vgl. Sarstedt, a.a.O., S. 166; vgl. ferner Löwe-Rosenberg, Einl. Kap. 11 Anm. 6 (S. 156 f.).
 - 2) § 529/III, II ZPO ist hingegen keine Ermessensnorm. Vgl. Stein-Jonas-Pohle, § 529 Anm. III-IIc und S. 200 dieser Arbeit.
 - 3) Vgl. BGHZ 3, 177; LM Nr. 1 § 287 ZPO; RGZ 130, 112; 155, 39; BGH, VersR 64, 844 (845).
 - 4) Vgl. BGH, VersR 60, 75 (77): Die Beweisanzordnung steht im Ermessen des Gerichts, die Parteien haben keinen Anspruch darauf. Das Revisionsgericht kann nur prüfen, ob die Grenzen des Ermessens gewahrt sind; ähnlich BGH, VersR 61, 154 (7); 70, 256 (7); 70, 629 (30); ungenau spricht der BGH in LM § 286 (E) Nr. 11 Bl. 2 von einem nicht nachprüfbar Ermessen des Prozeßgerichts.
 - 5) BGH, VersR 60, 252 kennzeichnet dies dadurch, daß Ermessen "pflichtgemäßes Ermessen" heiße.

Die Entscheidung des Gerichts ist fehlerhaft, wenn das Gericht die Berechtigung zu einer Ermessensentscheidung nicht erkennt, die bei der Ermessensentscheidung zu berücksichtigenden Leitgedanken nicht verwertet oder wenn nur eine Entscheidung ermessensfehlerfrei sein konnte¹.

Die Ermessensentscheidung in den genannten Normen ist ferner an tatbestandsmäßige Voraussetzungen geknüpft. Es unterliegt nicht dem Ermessen des Richters, festzustellen, ob diese Tatbestandsbegriffe erfüllt sind.

So muß das Gericht bei §§ 279, 283 Abs. 2, 523 ZPO die Verzögerung darlegen und darf diese Feststellung nicht durch Vermutungen ersetzen². Es ist darzutun, daß das Gericht trotz der nach §§ 272 b, 523 ZPO möglichen Maßnahmen den Beweis nicht im nächsten Termin erheben kann³.

3. a) Bei der Ermessensentscheidung ist der Zweck, welcher der Aufhebung der Beweiserhebungspflicht zugrunde liegt, gegen die Wahrscheinlichkeit einer weiteren Sachaufklärung abzuwägen.

Da die Auswahl der Ermessensgesichtspunkte durch den Zweck der Vorschriften begrenzt ist, ist kurz darzulegen, welche Gründe den Gesetzgeber veranlaßten, die Aufklärung des Sachverhalts zu beschränken und somit unrichtige Entscheidungen in Kauf zu nehmen.

-
- 1) Dies ist vom Revisionsgericht nachprüfbar: BGH, VersR 61, 155 (7); BGHZ 3, 162 (175); BGHZ 6, 62.
 - 2) Vgl. BGH, LM § 529 Nr. 21 ZPO; VersR 67, 1068 (9).
 - 3) Dies fordert der BGH in LM § 272 b Nr. 3 ZPO; § 529 Nr. 9 ZPO; VersR 64, 308 (311). Einschränkung weist der BGH in VersR 69, 1148 (9) darauf hin, daß die Frage, ob durch Maßnahmen nach § 272 b eine Verzögerung zu vermeiden ist, aus der Sicht des Zeitpunktes, in dem die Anordnung zu treffen gewesen wäre, zu beurteilen ist.

§ 287 ZPO soll die Darlegung und die Beweisführung erleichtern¹. § 287 Abs. 1 Satz 1 ZPO stellt den Richter dazu in seiner Beweiswürdigung freier als er dies gemäß § 286 ZPO ist². § 287 Abs. 1 Satz 2 ZPO soll die Beweisaufnahme abkürzen und die Gerichte entlasten. § 287 ZPO dient daher auch der Prozeßökonomie³, denn dem Gesetzgeber erschien eine präzise Ermittlung der Höhe des Schadens und der Schadensfolgen durch Ausschöpfen aller vorhandenen Beweise nicht mit ihrer Bedeutung und den der Justiz erwachsenden Kosten in Einklang zu stehen.

§ 398 und § 412 ZPO wenden sich gegen wiederholte Beweiserhebungen über dasselbe Beweisthema mit demselben Beweismittel oder einem weiteren Sachverständigen. Die Beweiserhebung mit einem Beweismittel soll auf einen Beweistermin konzentriert werden⁴.

Die §§ 283 Abs. 2, 279, 523 ZPO sollen die Verantwortung der Parteien für ein rechtzeitiges Vorbringen ihrer Beweise

-
- 1) Zöllner, § 287 Anm. 1; Grunsky, a.a.O., S 393; Werner, Beweiserleichterung im Schadenersatzprozeß nach § 287 ZPO, S. 4.
 - 2) So auch Werner, a.a.O., S. 54 f., 79; Grunsky, a.a.O., S. 394; BGH, VersR 69, 327 (8); VersR 69, 801; VersR 70, 924 (6,7);
 - 3) Vgl. Lent, ZZP Bd. 63, S. 40; A.A. Grunsky, a.a.O., S. 395: Er bezweifelt, daß § 287 ZPO der Verfahrenserleichterung diene. Da § 287 ZPO der Beweisnot des Geschädigten begegne, seien zunächst alle vorhandenen Beweise auszuschöpfen.

Zur Prozeßökonomie vgl.: von Mettenheim, Der Grundsatz der Prozeßökonomie im Zivilprozeß, S. 17, 26-28; Mettenheim betont, daß die Abwägung zwischen der Erforschung der materiellen Wahrheit und dem prozessualen Aufwand ein Problem der Zweckmäßigkeit sei.

- 4) Zöllner, § 398 Anm. 1.

durch die Gefahr einer Präklusion betonen¹. Auch diese Vorschriften zielen daher auf eine Beschleunigung und Konzentration des Verfahrens.

b) Verspricht sich der Richter von der Beweiserhebung eine weitere Aufklärung des Sachverhalts², so muß sich dies bei der Abwägung durchsetzen³. Oberster Grundsatz bleibt trotz der Aufhebung der Beweiserhebungspflicht, sachlich unrichtige Entscheidungen zu vermeiden. Nur äußert sich dieses Ziel der Wahrheitsfindung nicht in der Pflicht, auf Beweisangebote Beweis zu erheben, sondern in der Pflicht zu fehlerfreier Ermessensbetätigung. Verspricht aber eine Beweiserhebung neue Erkenntnisse, so ist nur die Beweisanordnung ermessensgerecht⁴.

1) Vgl. Lent, ZZP Bd. 63, S. 40 f.

2) Vgl. Brüggemann, a.a.O., S. 451:
er verpflichtet den Richter nur dann zur Beweiserhebung, wenn dieser sich von der Vernehmung eine sichere Förderung der Wahrheit verspricht.
Wie aber die Überzeugung des Richters nur im Sinne einer hohen Wahrscheinlichkeit zu verstehen ist, so kann m.E. auch "sicher" nur im Sinne einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit aufgefaßt werden ("versprechen").
Vgl. ferner BGH, MDR 71, 599 zur Ablehnung von Beweisanträgen im Bußgeldverfahren.
Hier werden ähnliche Überlegungen vertreten, da das Gericht von den Beschränkungen des formellen Beweisantragsrechts freigestellt ist.

3) Das BAG, RdA 71, 148 spricht davon, daß der Richter sonst die ihm nach § 286 ZPO obliegende Pflicht zur Sachaufklärung verletze.

4) So z.B. bei § 398 ZPO, wenn sich die bisher durchgeführte Zeugenvernehmung als fehlerhaft oder unzureichend erweist (BGH, VersR 66, 583 (5); BverwG, NJW 68, 1441) oder wenn es auf die Glaubwürdigkeit dieses Zeugen ganz entscheidend ankommt (BGH, VersR 67, 288 (9); 66, 577 (8); LM § 398 Nr. 3 ZPO).

So muß das Gericht "bei besonders schwierigen Fragen" oder "grobe[n] Mängeln der vorhandenen Gutachten" von der Befugnis des § 412 ZPO, ein weiteres Gutachten anzufordern, Gebrauch machen¹. Der Richter kann hier auf Grund der ihm vorliegenden Erkenntnismittel zu keiner sicheren Überzeugung gelangen. Die Chance, die Beweisfrage durch ein neues Gutachten sachgerecht beurteilen zu können, zwingt ihn zur Beweisanordnung².

Ist also z.B. die Sachkunde des Erstgutachters zweifelhaft oder geht das vorliegende Gutachten von unzutreffenden tatsächlichen Voraussetzungen aus, enthält es Widersprüche oder verfügen neue Sachverständige über Forschungsmittel, die denen der früheren Gutachter überlegen erscheinen, so ist eine weitere Beweiserhebung geboten³.

Der Beweisführer kann dazu beitragen, daß die Erfolgsaussichten einer Beweiserhebung vom Gericht hoch eingeschätzt werden. Benennt der Antragsteller das Beweisthema so detailliert, daß die Aussagekraft des angebotenen Beweises ersichtlich wird, so ist die Entscheidung für die Beweisanordnung unumgänglich⁴. Denn nun kann der Richter nur durch die Erhebung des Beweises sachgemäß beurteilen, ob Bedenken

1) BGH, VersR 58, 847; 58, 688; 59, 802; 60, 596 (7); 61, 615 (6); 63, 1150; 64, 440; 70, 256; MDR 53, 605; 58, 700; RdA 60, 35 usw.; Baumbach-Lauterbach, § 412 Anm. 1; Schneider, Beweis und Beweiswürdigung, S. 227.

2) BAG, NJW 65, 1505; Thomas-Putzo, § 412, vgl. auch BGH, VersR 69, 188 (9): ein Obergutachten ist einzuholen, wenn das Gericht nicht dem Gutachten des Facharztes folgen will.

3) BGH, VersR 64, 424 (7); 65, 583 (5): der BGH zieht hier zur Ergänzung und Verdeutlichung die in § 244/IV StPO niedergelegten Grundsätze heran.

4) Vgl. BGH, VersR 63, 1150 (1); 61, 155 (7); 60, 254.

gegen seine bisherige Auffassung bestehen¹.

Zur Erläuterung diene folgender Fall, in dem die Ursächlichkeit einer Operation für eine Augenverletzung zu klären war²:

Nach einer umfangreichen Beweisaufnahme beantragte der Kläger, Beweis darüber zu erheben, daß er noch kurz vor der Operation einen Fußballtotoschein ausgefüllt hatte und daß er nach der Operation nie wieder die Sehschärfe erreicht hatte, die er vorher besaß. Diesem Antrag gab das Erstgericht unter Berufung auf § 287 ZPO nicht statt. Es war auf Grund der erhobenen Beweise der Ansicht, daß die Augenverletzung auf einer anderen Ursache beruhe. Es leitete dies insbesondere aus den Krankenblättern ab, die dem Kläger bei seiner Entlassung die gleiche Sehschärfe wie bei seiner Aufnahme bestätigten. Bedenken gegen die Richtigkeit dieser Eintragung sah das Gericht nicht.

Der BGH beanstandete dies in der Revision. Er führte aus, der Tatrichter könne auch im Rahmen des § 287 ZPO sachgemäß erst dann beurteilen, ob Bedenken gegen die Richtigkeit der Eintragung bestünden, nachdem er die substantiiert vorgetragenen Bedenken geprüft habe.

c)

Verspricht sich der Richter von weiteren Ermittlungen keinen Erfolg, so steht es in seinem Ermessen, den Beweis zu erheben. Dabei ist ihm nur die Bindung auferlegt, daß die für die Entscheidung maßgeblichen Erwägungen nicht er-

1) Z.B. bei § 398 ZPO, wenn der Beweisführer darauf hingewiesen hat, daß der Zeuge weitere Beobachtungen bekunden werde oder daß er seine Aussage ergänzen oder klarstellen werde: vgl. BGH, VersR 63, 1150 (1);
LM § 286 (E) Nr. 11 ZPO.

2) BGH, VersR 60, 254.

sichtlich falsch oder unsachlich sein dürfen¹. Will er von der Beweiserhebung absehen, so muß er sich auf die Gründe berufen, die den Gesetzgeber veranlaßten, die Beweiserhebungspflicht aufzulockern.

Um den Unterschied zwischen einer unzulässigen und einer zulässigen Beweisablehnung herauszustellen, sei ein Fall skizziert, in dem - wie im letzten Beispiel - die Verantwortlichkeit für eine Augenverletzung nach § 287 ZPO festzustellen war².

Bei dem Kläger hatte sich einige Tage nach einer Ohrfeige durch seinen Religionslehrer die Netzhaut des Auges abgelöst. Der Kläger litt jedoch schon vorher an einer Entartung des Glaskörpers und einem Netzhautriß.

Der Beklagte wollte die Ursächlichkeit der Ohrfeige dadurch widerlegen, daß durch ein Ergänzungsgutachten geklärt werde, ob andere Erschütterungen - etwa ein Fußballspiel vor der Religionsstunde - als Ursache ausgeschlossen seien. Das Gericht gab diesem Beweisantrag unter Hinweis auf § 287 ZPO nicht statt. Als greifbare Ursachen der Netzhautablösung kämen der Schlag und der schon vorhandene Netzhautriß in Betracht. Auf Grund der Gutachten stehe fest, daß sich aus dem Netzhautriß eine Netzhautablösung erst in einigen Jahren entwickelt hätte, Konkrete Anhaltspunkte für eine andere Verursachung als durch den Schlag - etwa durch Erschütterungen - lägen nicht vor. Auf die vom Beklagten genannte Möglichkeit könne nicht eingegangen werden, solange jeder Anhalt dafür fehle, daß die Verletzung darauf zurückzuführen sei.

Das Gericht war in diesem Fall auf Grund der vorliegenden Beweise und der durch § 287 Abs. 1 Satz 1 ZPO eingeräumten freieren Stellung bei der Beweismwürdigung zu einer Überzeugung ge-

1) Vgl. BGH, VersR 62, 824 (5); 62, 1099; 61, 155 (7, 8); 58, 566 (7); 66, 595 (6); 60, 224 (5); 60, 257; 69, 511; OLG München, VersR 70, 958.

2) BGH, VersR 61, 155 (7).

langt. Es hat das voraussichtliche Ergebnis des Gegenbeweisantrages vorweg gewürdigt. Aus der wenig konkreten Fassung des Antrags entnahm es, daß auch die Beweiserhebung seine Überzeugung nicht ändern würde. Unter diesen Voraussetzungen konnte sich das Gericht auf § 287 Abs. 1 Satz 2 ZPO berufen, denn eine weitere Ausdehnung der Beweiserhebung versprach keinen Erfolg. Die Ermessenserwägung, daß das Gericht nicht jeder denkbaren Möglichkeit nachzugehen habe, sondern sich auf die Überprüfung greifbarer Anhaltspunkte beschränken dürfe, war sachgerecht.

Die Entscheidung gegen die Beweisaufnahme kann selbst dann fehlerfrei sein, wenn das Gericht den strittigen Sachverhalt weder für bewiesen, noch für widerlegt erachtet, wenn also eine Entscheidung nach der Beweislast droht. Dies hat der BGH in folgendem Fall bestätigt¹, in dem der Nachweis der verminderten Zurechnungsfähigkeit einer Person erbracht werden sollte:

Der Kläger, der eine Versicherungsgesellschaft wegen eines Brandes in Anspruch nehmen wollte, mußte zum Erfolg seines Begehrens beweisen, daß der Geschäftsführer des Versicherungsnehmers für sein, den Versicherungsschutz beseitigendes Verhalten infolge vermindelter Zurechnungsfähigkeit nicht verantwortlich ist. Das Gericht hat durch Einholung eines Sachverständigengutachtens Beweis erhoben. Die Beweisaufnahme führte nach Ansicht des Gerichts zu einem "non liquet". Da der Kläger den ihm obliegenden Beweis nicht erbracht hatte, wies das Gericht die Klage ab. Den Antrag, ein weiteres Gutachten einzuholen, lehnte es mit der Begründung ab, es stehe im Ermessen des Gerichts, von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen. Auch von diesem Gutachten könnten keine greifbareren Ergebnisse erwartet werden als von dem bereits erstatteten Gutachten.

1) BGH, VersR 63, 79.

Der Richter mißbraucht daher - selbst wenn eine Entscheidung nach der Beweislast droht - sein Ermessen nicht, wenn er dartut, warum er sich von dem angebotenen Beweis keine weitere Klärung verspricht.

4. Ist die Erfolgsaussicht für die Entscheidung über den Beweis Antrag maßgeblich, so bestimmt die Wahrscheinlichkeit über die Beweiserhebung. Während eine geringe Wahrscheinlichkeit die Ablehnung einer Beweis anordnung im Bereich der "strengen Beweiserhebungspflicht" niemals rechtfertigen kann, wird die Wahrscheinlichkeit nun zum entscheidenden Kriterium. Dies erklärt sich aus der vom Richter geforderten Ermessensentscheidung. Muß der Richter Prozeßökonomie, Konzentration und Beschleunigung des Verfahrens gegen den Erfolg einer weiteren Sachaufklärung abwägen, so kann dies nur durch Überlegungen geschehen, welche das Ergebnis einer Beweisaufnahme teilweise vorwegnehmen¹.

So hatte der Richter in dem zitierten Fall der Netzhautablösung zutreffend das voraussichtliche Ergebnis des Gegenbeweisantrags aus seiner wenig konkreten Fassung abgeleitet.

Das Verbot, vor der Beweiserhebung über die Wahrscheinlichkeit der Behauptungen oder die Erfolgsaussichten eines Beweismittels zu urteilen, ist daher bei den genannten Ermessens-

1) So enthalten z.B. folgende Entscheidungen vorweggenommene Würdigungen:
Zu § 287 ZPO: BGH, VersR 61, 155 (7); 59, 632; 54, 116;
zu § 398 ZPO: BGH, VersR 64, 424 (7); 58, 380; 65, 713 (4);
BAG, Betrieb 64, 1343.

entscheidungen aufgehoben¹.

5. Kann außer den genannten, im Gesetz ausdrücklich geregelten Fällen ein Beweisantrag aus Zweckmäßigkeitserwägungen abgelehnt werden ?
a)

Im Gegensatz zur strafprozessualen Regelung des § 244/V StPO räumt die Zivilprozeßordnung bei Beweisanträgen auf Einnahme eines Augenscheins dem Tatrichter keine freiere Stellung² ein.

Der Augenschein stellt ein ordentliches Beweismittel dar. Jedoch kann ein Augenschein auch von Amts wegen angeordnet werden, wenn sich das Gericht selbst ein Tatsachenbild verschaffen will³.

Für einen wirksamen Beweisantrag ist gemäß § 371 ZPO ein förmlicher Beweisantritt nötig.
Die strittigen Tatsachen und der Gegenstand

1) Bedenken gegen eine vorweggenommene Beweisantizipation - wie sie Stein-Jonas-Pohle (bei § 284 B III 2 b am Ende) sehen - sind daher nicht angebracht. Auch Grunsky, a.a.O., S.395 bezeichnet es als zweifelhaft, aus der Beweiserleichterung des § 287 ZPO eine erleichterte Ablehnbarkeit von Beweisanträgen abzuleiten. Werner, a.a.O., S. 145, 146 sieht keinen Grund, warum bei § 287 die Pflicht zur Wahrheitserforschung dadurch aufgelockert sein sollte, daß eine Antizipation statthaft ist. Der Grund ist jedoch darin zu sehen, daß gemäß § 287 Abs. 1 S. 2 eine Auswahl unter den angebotenen Beweisen zu treffen ist. Diese Berechtigung geht über die allgemeinen Ablehnungsgründe hinaus.

Schneider, ZZP Bd. 75, S. 187 mißt der Vorwegwürdigung bei der Entscheidung über die Zurückweisung des Antrags entscheidende Bedeutung bei. Andererseits führt er in " Beweis und Beweswürdigung " S. 40 aus, auch bei der Schadensschätzung nach § 287 ZPO gelte das Verbot der Beweisantizipation " im Prinzip ".

2) Vgl. Tepitzky, Der Beweisantrag im Zivilprozeß und seine Behandlung durch die Gerichte, JuS 68, 71 f., S. 76; BGH, VersR 63, 192 (3); 61, 801; Schönke-Kuchinke, § 63 II; Schneider, ZZP Bd. 75, 206.
3) Vgl. BGH, VersR 64, 271.

des Augenscheins sind zu bezeichnen¹.

Die Kenntnis des Richters über das Augenscheinsobjekt kann den Beweis nur dann überflüssig machen, wenn die Tatsache gerichts- oder all-gemeinkundig ist. Eine sonstige Kenntnis erübrigt den Beweis hingegen nicht, da es um den Beweis von Tatsachen und nicht wie beim Sachverständigenbeweis um die Existenz von Erfahrungssätzen, also Obersätzen der richterlichen Subsumtion, geht. Die Entscheidung über den Antrag auf Einnahme eines Augenscheins steht daher nicht im Ermessen des Gerichts².

b. Für die Feststellung der dem Freibeweis unterliegenden Tatsachen³ könnte die Beweis-erhebungspflicht des Gerichts entfallen, wenn nur die Wahrheit der materiell-rechtlich erheblichen Tatsachen unter den verfahrensrechtlichen Garantien der Wahrheitsfindung zu ergründen wäre. Die nur prozessual erheblichen Tatsachen könnten dann in einem von diesen Garantien befreiten Verfahren ermittelt werden. Ist dem Gesetz aber zu entnehmen, daß die Beweiserhebungspflicht nur für die materiell-rechtlichen Tatsachen gilt?

Zu diesem Ergebnis gelangen einige Kommentare und Lehrbücher zur Zivilprozeßordnung: das Gericht brauche trotz Antrags den Beweis nicht

1) So BGH, VersR 63, 192 (3), der auf die Notwendigkeit eines Beweisantrags hinweist.

2) Vgl. BGH, VersR 63, 192 (3); 61, 801 (2).

3) dazu siehe Einleitung S.12.

zu erheben, vielmehr stehe es ihm frei, ob es dem Beweis Antrag stattgeben wolle¹. Im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit vertreten Literatur und Rechtsprechung die Meinung², von einer beantragten Beweiserhebung könne abgesehen werden, wenn von ihr ein sachdienliches, die Entscheidung beeinflussendes Ergebnis nicht erwartet werden kann. Nach dieser Meinung kann daher der Richter nach seinem Ermessen über die Beweiserhebung bestimmen.

Die Berechtigung des Richters, nach seinem Ermessen Beweis zu erheben, wird jedoch nicht näher begründet. Auch nach einer ausführlichen Materialsichtung muß es für den Freibeweis im Zivilprozeß bei der schon von Peters³ getroffenen Feststellung bleiben, daß die Frage, ob das Gericht verpflichtet ist, die angebotenen Beweise zu erheben, bisher in der Literatur nicht näher erörtert wurde.

-
- 1) Thomas-Putzo, § 3, Anm. 1 d; Bergerfurth, Der Zivilprozeß, Tz 300: keine Bindung an Beweis-Anträge; Brüggemann, a.a.O., S. 385: Die Beweisaufnahme braucht nur soweit ausgedehnt zu werden, wie das Gericht es für erforderlich hält, um zu einer begründeten Ansicht zu gelangen.
Aus den Entscheidungen RG, JW 38, 1540; OLG 20, 283 zu § 3 ZPO ist generell für das Freibeweisverfahren nichts zu entnehmen, da § 3, 1. Halbsatz dem Gericht ein freies Ermessen einräumt.
 - 2) Schlegelberger, FGG, § 12 Anm. 24; Keidel, FGG, § 12 Anm. 53; BayObIG Z 1967, 137 f. (145).
 - 3) Peters, Der sog. Freibeweis im Zivilprozeß, S. 60: "Ob aber das Gericht in direkter oder analoger Anwendung der §§ 244 - 246 StPO verpflichtet ist, die angebotenen Beweise zu erheben, ist eine weitere, bisher in der Literatur nicht näher erörterte Frage." Eine kurze Stellungnahme gibt Grunsky, a.a.O., S. 381: Die Beweiserhebungspflicht bestehe auch im Freibeweisverfahren, da dieses nur die Durchführung der Beweiserhebung erleichtere, nicht dagegen dem Richter die Wahl lasse, ob ein Beweis überhaupt zu erheben sei.

Im Anschluß an die Monographie von Peters "Der sogenannte Freibeweis im Zivilprozeß" wurde jedoch die gesamte Rechtsfigur des Freibeweises zunehmend in Frage gestellt. Stein-Jonas-Pohle¹ und Rosenberg-Schwab² folgen dem von Peters erarbeiteten Ergebnis³, daß es im Zivilprozeß auch für prozessual erhebliche Tatsachen kein formloses Beweisverfahren geben könne. Auch die prozessual erheblichen Fragen könnten in den Mittelpunkt der Entscheidung rücken. Durch das formlose Freibeweisverfahren sei ein dem Strengbeweis gleichwertiger Beweiserfolg nicht gesichert.

Folgt man diesen überzeugenden Argumenten, die nur angedeutet werden konnten, und lehnt Besonderheiten bei der Ermittlung prozessual erheblicher Tatsachen ab, so gilt auch hier der Grundsatz, daß beantragte Beweise zu erheben sind.

Selbst wenn man jedoch mit der noch herrschenden Meinung⁴ neben dem Strengbeweis das formlose Beweisverfahren des Freibeweises anerkennt, so muß man die zur Beweiserhebung verpflichtende

1) Stein-Jonas-Pohle, Anm. III vor § 355.

2) Rosenberg-Schwab, LB, § 113 II 3; ferner Kritik durch Wieczorek, Handausgabe, § 282, Anm. D III und Richter, a.a.O., Der dt. Rechtspfleger 1969, S. 261 (265).

3) Peters, a.a.O., S. 184 f.

4) Thomas-Putzo, Anm. III A vor § 253, S. 282, Anm. 1 c; Baumbach-Lauterbach, Anm. 2 B, Einf. zu § 282; Zöllner, § 56 1) b 2); eine eingehende Begründung bringen nur Schönke-Kuchinke, S. 280 f.

Wirkung eines Beweisantrags anerkennen¹.

Von den das Beweisrecht beherrschenden Grundsätzen kann im Freibeweisverfahren nur insoweit abgesehen werden, als diese nach ihrem Sinn und Zweck für die Feststellung der von Amts wegen zu prüfenden Tatsachen keine Geltung beanspruchen². Da auch prozessual erhebliche Fragen die Grundlage der Entscheidung bilden können, für die Feststellung entscheidungserheblicher Tatsachen aber gilt, daß dem Prozeßverlust infolge ungeklärter oder irrtümlich festgestellter Tatfragen durch Beweisanträge jederzeit begegnet werden muß, ist Beweisanträgen grundsätzlich stattzugeben. Die Gedanken, welche zur Bejahung einer Beweiserhebungspflicht geführt haben, treffen auch für den Nachweis prozessual erheblicher Tatsachen zu: der Beweisbelastete muß einer Nichtaufklärbarkeit durch Anträge entgegenwirken können, der Gegner hat ein korrespondierendes Recht, daß seiner Auffassung nachgegangen wird. Der Richter kann die Anträge nicht ablehnen, ohne seine Verpflichtung zur erschöpfenden Aufklärung des Sachverhalts zu verletzen. Ist die Würdigung des Richters nicht mehr sachgerecht, so ist nicht nur das Beweisverfahren, sondern auch die Überzeugungsbildung betroffen. Die Anforderungen an die Überzeugung sind aber im Gesetz durch Beweis und Glaubhaftmachung fest-

1) So auch Grunsky, a.a.O., S. 381.

2) Vgl. Schönke-Kuchinke, S. 280; ähnlich auch Alsberg-Nüse, a.a.O., S. 474, 477: Beweisanträge seien nicht bedeutungslos; der Richter könne sich der Feststellung prozessual erheblicher Tatsachen nicht nach Gutdünken entziehen.

gelegt. Prozessual erhebliche Tatsachen sind zur vollen Überzeugung des Richters zu beweisen.¹

Die Berechtigung des Gerichts, im Wege des Freibeweises zu ermitteln, nimmt den Parteien nicht ihr Recht, die Tatsachenfeststellung durch Beweisanträge zu beeinflussen. Durch den Freibeweis werden dem Gericht nur zusätzliche Möglichkeiten zur Aufklärung des Sachverhalts eröffnet. Wie bereits im ersten Kapitel dargestellt wurde², sichert die Befugnis des Gerichts zu eigenen Ermittlungen keine so weitgehende Nachforschung, wie sie durch einen Beweisantrag zu erreichen ist. Von Amts wegen erhobene Beweise, seien es Streng- oder Freibeweise, lassen den Beweisantrag daher nur dann überflüssig erscheinen, wenn sie die Behauptung des Antragstellers bestätigt haben. Dann ist jedoch dem Begehren des Beweisführers der Sache nach Rechnung getragen. Der Freibeweis kann daher - falls er überhaupt anzuerkennen ist - nur ein zusätzliches Mittel der Wahrheitserforschung sein. Beweisantragsrecht und Beweiserhebungspflicht werden durch ihn nicht gemindert.

Die Freistellung von der Beweiserhebungspflicht, die auf einer größeren Freiheit des Richters bei der Beurteilung von Beweisanträgen beruht, ist auf die gesetzlich geregelten Fälle beschränkt.

1) A.A. Schönke-Kuchinke, S. 281: es reiche ein milderer Grad von Wahrscheinlichkeit.

2) Siehe oben S.13,17.

II. Sachverhaltsaufklärung bedeutet nicht Aufklärung um jeden Preis¹. Vielmehr kann das Recht des Antragstellers auf eine Beweiserhebung durch Interessen des Gegners oder der Allgemeinheit aufgehoben sein. Da es sich bei diesen "Beweisverboten"² um Ausnahmen handelt, die nicht aus dem Sinn des Beweisantragsrechts erklärt werden können, muß die Beschränkung der Sachaufklärung entweder gesetzlich geregelt³ oder aus zivilprozessualen Grundsätzen eindeutig ableitbar sein. Bestehen Zweifel, ob ein zivilprozessualer Grundsatz ein Absehen von der Beweiserhebung rechtfertigt, so ist zugunsten der Beweiserhebungspflicht zu entscheiden. Denn die Abwägung zwischen widerstreitenden Interessen kann im Zweifel nur durch eine Entscheidung des Gesetzgebers getroffen werden⁴.

1. Der Beweisantrag darf nicht gegen ein prozessuales Verbot verstoßen. Die Wahrheitsfindung ist durch Beweismittel- und Beweistatsachenverbote⁵ beschränkt. "Beweismittelver-

1) Vgl. Löwe-Rosenberg, § 244 Anm. V 2.

2) "Beweisverbot" ist im Sinne eines "Beweiserhebungsverbot" zu verstehen. Wie zu verstehen ist, wenn der Beweis entgegen einem Verbot erhoben wurde, richtet sich danach, ob ein "Beweisverwertungsverbot" besteht.

3) Vgl. Löwe-Rosenberg, § 244 Anm. V 2; Klein-knecht, Die Beweisverbote im Strafprozeß, NJW 1966, 1539.

4) Vgl. Löwe-Rosenberg, § 244 Anm. V 2.

5) Zur nachfolgenden Definition vgl. Alsberg-Nüse, a.a.O., S. 89 f., 90, 106 und Löwe-Rosenberg, Einl. Kap. 12, II 1.

bote"schließen ein Beweismittel überhaupt oder zum Beweis bestimmter Tatsachen aus, während ein Beweis mit anderen Beweismitteln weiterhin zulässig bleibt."Beweistatsachenverbote"hindern den Richter, eine Tatsache - gleich durch welches Beweismittel - aufzuklären. Der Gesetzgeber hat die Sachverhaltsaufklärung durch Beweismittel- und Beweistatsachenverbote eingeschränkt, wenn Rücksicht auf das Beweismittel oder überwiegende öffentliche Interessen an einer Geheimhaltung oder Beschränkung der Beweismittel dies gebieten.

Diese Abwägung hat zu folgenden Beweismittelverboten geführt:

§ 376 ZPO verbietet eine Vernehmung der im öffentlichen Dienst stehenden Zeugen über Umstände, auf die sich ihre Pflicht zur Amtverschwiegenheit erstreckt. Die Vernehmung ist nur zulässig, wenn die vorgesetzte Behörde eine Aussage-genehmigung erteilt hat.

§§ 383, 384 ZPO untersagen die Vernehmung von Zeugen, denen aus persönlichen oder sachlichen Gründen ein Zeugnisverweigerungsrecht eingeräumt ist, wenn diese von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch machen¹.

1) Solange sie nicht von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch machen, ist die Vernehmung zulässig; vgl. S. 191 f. dieser Arbeit. Auch wenn sich der Zeuge nach der Vernehmung auf sein Zeugnisverweigerungsrecht beruft, bleibt die Aussage verwertbar, wenn er bei seiner Vernehmung von seinem Recht nicht Gebrauch gemacht hat und die Aussage somit Beweisstoff geworden ist; a.A. Schneider, Beweis und Beweismittelwürdigung, S. 34; wie hier: Thomas-Putzo, § 383 Anm. 1. Zum Problem, ob ein nachträglich eintretendes Beweisverbot es im Strafprozeß ausschließt, die frühere Aussage zu verwerten: Löwe-Rosenberg, Einl. Kap. 12 C (S. 176 f.).

Ein - wenn auch beschränktes - Beweismittelverbot enthält § 372 a ZPO¹. Gemäß § 372 a Abs. 1 ZPO ist eine zur Feststellung der Abstammung erforderliche Untersuchung nur dann zu dulden, wenn sie zumutbar ist. Bei der Auslegung des unbestimmten Begriffs der "Zumutbarkeit" ist zu beachten, daß der Gesetzgeber die Nachteile gesehen hat, welche dem Einzelnen aus der Untersuchung erwachsen. Obwohl sie Gewicht haben, hat er mit der Bestimmung ausgesprochen, daß das allgemeine Interesse an einer Aufklärung der Personenstandsverhältnisse überwiegt². Dies findet darin seinen Ausdruck, daß in § 372 a Abs. 2 ZPO nicht auf §§ 383, 384 ZPO verwiesen ist. Daraus folgt, daß die in §§ 383, 384 ZPO angeführten Gründe die Unzumutbarkeit nicht begründen³. Unzumutbarkeit ist nur anzunehmen, wenn aus der Beweiserhebung Folgen schwerwiegender Art erwachsen⁴.

§ 164 ZPO erlaubt zum Nachweis der Förmlichkeiten der Verhandlung nur das Protokoll. Andere Beweismittel sind ausgeschlossen.

Beweistatsachenverbote hindern nur in Ausnahmefällen die Aufklärung von Tatsachen:

-
- 1) Vgl. Guido Esser, Der Ausforschungsbeweis, S. 221, 222.
 - 2) Vgl. LG Köln, MDR 51, 496.
 - 3) OLG Hamburg, NJW 53, 1873; Blomeyer, LB, S. 383; G. Esser, Der Ausforschungsbeweis, S. 231.
 - 4) Vgl. zu der hier notwendigen Güterabwägung: S. 206 f dieser Arbeit. Bei § 372 a ZPO gelten die gleichen Grundsätze der Güterabwägung. Nachweise z.B. bei G. Esser, Der Ausforschungsbeweis, S. 228.

Vorgänge der richterlichen Beratung und Abstimmung im Sinne der §§ 192 ff. GVG sind einer Beweiserhebung nicht zugänglich.

§ 638 RVO bindet den Richter an die in einer endgültigen Entscheidung getroffenen Feststellungen über das Vorliegen eines Arbeitsunfalls und über Umfang und Träger der Leistungen aus der Unfallversicherung.

2. Ist das Beweismittel rechtswidrig erlangt oder würde mit der Beweiserhebung gegen materielles Recht verstoßen, so ist zu fragen, ob aus der materiellen Rechtswidrigkeit ein Beweisverwendungsverbot erwächst. Muß das Gericht die dem Gegner gestohlene Urkunde, das unter Verletzung des Persönlichkeitsrechts aufgenommene Tonband zurückweisen? Muß es berücksichtigen, daß der Zeuge ohne Verstoß gegen die ihm obliegende Schweigepflicht die ihm gestellten Fragen nicht beantworten kann?

a) Erschöpft sich der Verstoß in einem Widerspruch zu den allgemeinen Schweigepflichten des materiellen Rechts, so verbietet das Gesetz nicht, diese Beweise im Prozeß zu verwenden und ihre Ergebnisse zu verwerten¹:

1) Zur Problematik vgl. Dilcher, Die prozessuale Verwendungsbefugnis, ein Beitrag zur Lehre vom rechtswidrigen Beweismittel, AcP Bd. 158 (1959), S. 469 f., 497 f., 501, 502; Roth, Die prozessuale Verwendbarkeit rechtswidrig erlangter Beweisurkunden, JR 50, 715; Peters, Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise und Beweismittel im Zivilprozeß, ZZP Bd. 76, S. 146, 153; so auch das bei Peters abgedruckte Urteil des Obergerichts Baselland; Grunsky, a.a.O., S. 385 f.; Schneider, Beweis und Beweiswürdigung, S. 32 f.

In einem Prozeß soll das Verschulden des Beklagten an einem Verkehrsunfall dadurch nachgewiesen werden, daß der behandelnde Arzt über die Fähigkeit seines Patienten, ein Kraftfahrzeug zu führen, befragt wird. Offenbart dieser die ihm bei den Konsultationen anvertrauten Informationen, so kann er durch seine Aussage gegen seine Berufspflichten, gegen § 300 StGB und gegen seine vertraglichen Verpflichtungen zu seinem Patienten verstoßen¹.

Dennoch gewährt § 383, Abs. 1 Nr. 5 ZPO dem Arzt nur ein Zeugnisverweigerungsrecht und verbietet die Vernehmung nur, wenn sich der Arzt auf sein Zeugnisverweigerungsrecht beruft.

Für die Berücksichtigung der materiellen Rechtswidrigkeit im Prozeß spricht die Erwägung, daß an dem Beweismittel ein Makel haftet. Unter Berufung auf diesen Gedanken betont eine Meinung²,

-
- 1) Ähnlich der Fall BGH St, NJW 68, 2288; BGH, VersR 69, 40: Aus den Grundsätzen über die Abwägung widerstreitender Interessen wurde der Arzt als berechtigt angesehen, eine Schizophrenie der Verkehrsbehörde mitzuteilen, wenn die Erkrankung den Patienten unfähig machte, ein Kfz zu führen, und der Patient auch auf Zureden des Arztes nicht bereit war, vom Steuern eines Kfz abzusehen.

Zur ärztlichen Schweigepflicht vgl. Müller, Die Schweigepflicht im ärztlichen Standesrecht, MDR 1971, S. 965 f.

- 2) So Lenckner, Aussagepflicht, Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht, NJW 65, 321, 326; Kellner, Verwendung rechtswidrig erlangter Briefe als Beweisurkunden in Ehesachen, JR 50, 270 (1); Siegert, Die außergerichtliche Tonbandaufnahme und ihre Verwendung im Zivilprozeß, NJW 57, 691; Maunz-Dürig, Art. 2/I, Anm. 40; Baumgärtel, Treu und Glauben, gute Sitten und Schikaneverbot im Erkenntnisverfahren, ZZP 69, 89 f.; 103, 104; Pleyer, Schallaufnahmen als Beweismittel im Zivilprozeß, ZZP Bd. 69, 321 f., 334; Der Komm. von Stein-Jonas-Pohle, § 284 B III 1 a (a.A. noch in der 18. Aufl.) will zwar die Verwertung rechtswidrig erlangter Beweise und Beweismittel unterbinden, lockert diese Rechtsfolge dann aber wieder auf, indem er auf die Schutzrichtung der Norm abstellt. Seine Beispiele zeigen dann jedoch, daß sich die hier vertretene Auffassung mit der von Stein-Jonas-Pohle im Ergebnis deckt; auch Grunsky, a.a.O., S. 385 folgt der Meinung von Stein-Jonas-Pohle.

der außerprozessuale Rechtsverstoß müsse sich auch im Zivilprozeß auswirken. Auch im Prozeß genieße die Wahrheitsermittlung keinen unbedingten Vorrang vor anderen Rechtsprinzipien.

Als solche Rechtsprinzipien werden genannt: Der Gedanke der Rechtseinheit¹. Aus ihm ergebe sich, daß eine gesetzwidrige Handlung auch prozeßwidrig sein müsse. § 444 ZPO unterstreiche dies, da hier einem rechtswidrigen Verhalten der Rechtserfolg versagt wird.

Der Grundsatz von Treu und Glauben². Treu und Glauben verbiete, das Verfahren in unredlicher oder arglistiger Weise zu gestalten. Das Arglistverbot müsse auch dann gelten, wenn die Arglist der Partei eine zutreffende Urteilsfindung fördere. Die Anträge der Partei seien nicht nur an ihrer Eignung, den Sachverhalt aufzuklären, sondern auch an dem erstrebten Ziel und den angewandten Mitteln zu messen.

Der Kommentar von Stein-Jonas-Pohle³ sieht das Verbot der Verwendung rechtswidrig erlangter Beweise durch das Prinzip bestätigt, daß die Auswertung einer rechtswidrig herbeigeführten Lage unzulässig ist und die rechtmäßige Situation wieder hergestellt werden muß. Diese Rechtsfolge trete jedoch nicht bei jedem rechtswidrig erlangten Beweis ein. Die

1) Kellner, JR 50, 270 (1); Siegert, NJW 57, 691; Maunz-Dürig, Art. 2/I, Anm. 40; Roggemann, a.a.O., S. 109.

2) Baumgärtel, ZZP Bd. 69, 89 f., 103, 104; Pleyer, ZZP Bd. 69, 321 f., 334.

3) So Stein-Jonas-Pohle, § 284 B III 1 a.

Verwertung sei nur dann ausgeschlossen, wenn dies Sinn und Zweck der verletzten Norm, ihrer sog. Schutzrichtung, widerspreche.

Die Gegenmeinung¹ zieht aus dem materiell-rechtlichen Verstoß keine Folgen für den Prozeß. Auch durch einen rechtswidrig erlangten Beweis werde die Wahrheit gefördert. An einer Feststellung des wahren Sachverhalts habe die Öffentlichkeit ein erhebliches Interesse. Dieses mit dem Interesse der behauptenden Partei verknüpfte öffentliche Interesse überwiege das Verlangen der anderen Partei, die rechtswidrig erlangten Beweise nicht verwertet zu wissen. Verantwortlichkeit für das Beschaffen des Beweismittels und Verwendung des Beweismittels im Prozeß seien streng zu trennen. Aus einer strafrechtlichen oder bürgerlichrechtlichen Sanktion folge keine prozessuale Sanktion. Nur diese zweite Meinung kann einer Nachprüfung standhalten:

Die gegenteiligen Auffassungen, welche von einer Einheit der Rechtsordnung ausgehen, stehen mit dem geltenden Recht in Widerspruch und können nur rechtspolitische Beachtung verdienen. Diese Aussage muß aus der verschiedenen Berücksichtigung materieller Rechtswidrigkeit durch die Verfahrensgesetze gewonnen werden.

1) Roth, JR 50, 715; Peters, Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise und Beweismittel im Zivilprozeß, ZZP Bd. 76, 145, 153; so das bei Peters, S. 153, abgedruckte Urteil des Obergerichts Baselland; Dilcher, AcP Bd. 158, 469 f., 503; Schneider, Beweis und Beweiswürdigung, S. 32; vgl. ferner: Löwe-Rosenberg, § 244 Anm. V 2 (S. 1286) und Kleinknecht, Die Beweisverbote im Strafprozeß, NJW 1966, 1541.

Die ZPO kennt Zeugnisverweigerungsrechte, die keinen Bezug zum materiellen Recht aufweisen, wie § 383, Abs. 1 Nr. 1 - 3 ZPO. Die prozessuale Wertung beruht auf der Anerkennung der Gewissenskonflikte des Zeugen, sich zwischen Wahrheitspflicht und Familienbanden entscheiden zu müssen¹.

Andere Zeugnisverweigerungsrechte erfassen Gesichtspunkte, die zugleich der Wertung des materiellen Rechts unterfallen. Der Beweis- antrag wird Gegenstand doppelter Betrachtung. Einerseits ist die materielle Auswirkung, andererseits die prozessuale Bewertung zu bedenken. Das Prozeßrecht bestimmt in diesen Fällen, inwieweit sich die materielle Rechtswidrigkeit auf die Zulässigkeit einer Beweis- erhebung auswirkt. Es koordiniert materielle Rechtswidrigkeit und prozessuale Zulässigkeit in verschiedenem Maße:

§§ 383/I Nr. 4, 5, 384 Nr. 1 - 3 ZPO schützen durch ein Zeugnisverweigerungsrecht den kraft Amtes, Standes oder Gewerbes zur Geheimhaltung Verpflichteten sowie den Zeugen, dessen Aussage ihn selbst oder nahestehende Personen zivil- oder strafrechtlich belasten würde. Bei dieser Regelung sind materielles und prozessuales Recht nur locker verbunden. Denn nicht das Gesetz, sondern der Schweigepflichtige entscheidet, ob die Wahrheitserforschung oder die materiellrechtliche Verpflichtung vorrangig ist.

1) Baumbach-Lauterbach, § 383, Anm. 1.

Gegen diese Regelung kann man sicherlich Einwände erheben: Die Übertragung der Entscheidung auf den Zeugen und die Möglichkeit einer strafrechtlichen Verfolgung gemäß § 300 StGB, wenn der Zeuge unter Verletzung der Schweigepflicht aussagt, sind wenig erfreuliche Auswirkungen. Auch scheint es dem Verfahrenszweck nicht zu entsprechen, wenn der Prozeß, der das materielle Recht verwirklichen soll, Unrecht schafft oder aufrechterhält.

Diese Überlegungen können jedoch nur rechtspolitisch sein. Sie können nicht dazu führen, aus einem Zeugnisverweigerungsrecht ein Aussage- und Vernehmungsverbot zu machen¹. Der Gesetzgeber hat die Wahrheitsfindung und die privaten Interessen an der Geheimhaltung in der Form des Zeugnisverweigerungsrechts koordiniert.

Bei der Zeugenvernehmung besteht auch infolge des § 383 III ZPO keine engere Verbindung zwischen materiellem und prozessualem Recht. Diese Bestimmung kann nur als Verfahrensanweisung an den Richter, also als instruktionelle Vorschrift aufgefaßt werden². Bei wörtlichem Verständnis

1) So Lenckner, NJW 1965, 321 (326).

2) Zöllner, § 383, Anm. IV; Wieczorek, Handausgabe, § 383 D II unter Berufung auf eine im Nachschlagewerk des RG auf dem Gebiet der ZPO unter § 383/31 abgedruckte RG-Entscheidung; Peters, ZZP Bd. 76. S. 162; a.A. Dilcher, AcP Bd. 158, 469 f., 498; Lenckner, NJW 65, 321 (325); Rosenberg-Schwab, § 123 V 4, S. 616; Lent-Jauerning, § 53 II b. M.E. ist die Vorschrift rechtspolitisch verfehlt, da sie innerhalb des Zeugnisverweigerungsrechts einen Fremdkörper darstellt. Mißt man ihr nicht nur instruktionelle Wirkung zu, so ist der systematische Standort zu ändern.

ginge der Charakter des Zeugnisverweigerungsrechts verloren. Der Gesetzgeber hätte, wie er dies bei § 376 ZPO getan hat, ein Vernehmungsverbot aufgestellt. Maßgebend für die Qualifizierung bleibt das durch § 383 / I ZPO begründete Zeugnisverweigerungsrecht. Dem Zeugen kann die Entscheidung über sein Zeugnisverweigerungsrecht nicht abgenommen werden.

Daß das Zivilprozeßrecht die materielle Rechtswidrigkeit im Prozeß auch einmal voll berücksichtigt, zeigt § 376 ZPO. Bei der Schweigepflicht der Beamten hat die Interessenabwägung zu einer stärkeren Anerkennung der Geheimhaltungspflicht als beim Arzt geführt, dem § 383/I Nr. 5 ZPO nur ein Zeugnisverweigerungsrecht zubilligt. § 376 ZPO knüpft an die beamtenrechtliche Schweigepflicht prozessual ein Vernehmungsverbot.

Das Prozeßrecht kann aber auch eine Verbindung zwischen materieller Schweigepflicht und prozessualer Verwendung ablehnen. So hat das Strafprozeßrecht in §§ 53, 54 aus dem Kreis der Schweigepflichtigen nur genau umrissenen Berufsgruppen ein Zeugnisverweigerungsrecht eingeräumt, während die anderen materiell- rechtlich Schweigepflichtigen aussagepflichtig bleiben. Die ZPO hat hingegen in § 385/I Nr. 5 durch eine Generalklausel alle " Schweigepflichtigen " erfaßt. Dieser unterschiedliche Schutz der Schweigepflichten im Prozeß erklärt sich daraus, daß die Abwägung zwischen der Wahrheitsfindung und der Geheimhaltungspflicht im Strafprozeß wegen der erhöhten Garantien für eine richtige Entscheidung anders als im Zivilprozeß ausfallen muß.

Neben der verschiedenen Berücksichtigung materieller Verstöße durch Zeugnisverweigerungsrechte und Vernehmungsverbote zeigt auch § 444 ZPO, daß das Gesetz von einer Trennung zwischen materieller Rechtswidrigkeit und prozessualer Zulässigkeit ausgeht¹. § 444 ZPO überläßt es der freien Beweiswürdigung des Richters, aus einer Urkundenbeseitigung nachteilige Schlüsse zu ziehen². Die außerhalb des Prozesses vorgenommene Rechtsmittelunterdrückung muß also nicht zu Lasten des rechtswidrig Handelnden wirken. Aus der Drohung mit Beweisnachteilen zu folgern, daß das Gesetz jedem als rechtswidrig erkannten Verhalten auch prozessual den Rechtserfolg versage³, widerspricht der in der Bestimmung zum Ausdruck gebrachten Entscheidung für eine freie Beweiswürdigung und der Beschränkung des § 444 ZPO auf die Beseitigung von Beweismitteln⁴. § 444 verlangt gerade keine Übereinstimmung der materiellen und der prozessualen Bewertung. Berücksichtigt das Prozeßrecht materiell-rechtliche Verstöße in verschiedenem Umfang, so bestätigt dies die

1) Vgl. Dilcher, AcP Bd. 158, S. 471, 472, der jedoch aus § 444 ZPO keine Schlüsse für die Unzulässigkeit einer Prozeßhandlung ziehen will, da § 444 seiner Zielsetzung nach nur auf eine prozessuale Entschädigung in Form einer fiktiv gelungenen Beweisführung gerichtet sei. Jedoch tritt sowohl bei der rechtswidrigen (was § 444 ZPO allerdings nicht voraussetzt) Beseitigung als auch bei der rechtswidrigen Beschaffung eines Beweismittels die Frage der prozessualen Bewertung des außerprozessualen Verhaltens auf.

2) Vgl. Zöllner, § 444 Anm. 1; Dilcher, AcP Bd. 158, S. 471, 472.

3) So Kellner, JR 1950, 270 (271).

4) Vgl. Dilcher, AcP Bd. 158, S. 471, 472; Roth, JR 1950, 715.

Unabhängigkeit des Prozeßrechts vom materiellen Recht. Niese schreibt dazu in seiner Abhandlung "Doppelfunktionale Prozeßhandlungen"¹: "Doppelfunktionale Prozeßhandlungen sind Gegenstände doppelter Betrachtung und Bewertung. Daß aus der verschiedenen Funktion auch eine verschiedene Wertung entspringen kann, ergibt sich daraus, daß die prozessuale Wertung sich an der prozessualen Funktion und umgekehrt die materielle Wertung an der materiellen Funktion ausrichten muß."

Billigt der Gesetzgeber die Verwendung rechtswidrig erlangter Beweise im Prozeß, so kann dem nicht der Grundsatz von Treu und Glauben entgegengehalten werden². Auch ein Antrag, der sich auf rechtswidrig beschaffte Beweismittel stützt, fördert die Sachverhaltsaufklärung. Die Methode der Beweisbeschaffung wirkt sich hier nach der Entscheidung des Gesetzgebers nicht auf den Prozeß aus. Der Beweis-antrag dient daher nicht verfahrensfremden Zwecken, ja man kann wegen der weitgehenden gesetzlichen Ausformung sogar argumentieren, daß die gesetzlichen Regeln als *leges speciales* den Rückgriff auf den Grundsatz von Treu und Glauben bei rechtswidrig erlangten Beweisen ausschließen³. In dem bloßen Vorbringen rechtswidrig erlangter Beweismittel im Prozeß liegt daher noch kein Verstoß gegen Treu und

-
- 1) Niese, Doppelfunktionale Prozeßhandlungen, S. 128, 129; ihm folgend: Eb. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S. 53 ff.
 - 2) So aber Stein-Jonas-Pohle; Baumgärtel; Pleyer: s. o. S. 186, Anm. 2, 3.
 - 3) So Dilcher, AcP Bd. 158, S. 502; vgl. ferner Kleinknecht, NJW 1966, 1537 (1542).

Glauben. Nur das Hinzutreten besonders verworflicher Umstände könnte im Einzelfall den Schluß rechtfertigen, daß der Antragsteller die seinem Gegner geschuldete Rücksicht verletzt.

b. Erschöpft sich die materielle Rechtswidrigkeit nicht in Verstößen gegen Normen im Rang unter der Verfassung, sondern liegt ein Widerspruch zu Verfassungsgeboten vor, so darf das Gericht durch die Beweiserhebung den Verfassungsverstoß nicht mitverantworten¹. Auch eine formell mit dem Verfahrensrecht übereinstimmende Anordnung muß den Wertentscheidungen der Verfassung entsprechen. Das Verfassungsrecht ist dem Verfahrensrecht übergeordnet und beeinflußt dieses.

Es ist daher herrschende Meinung², daß geheime private Aufzeichnungen aus dem Intimbereich und rechtswidrig erlangte heimliche Tonbandaufnahmen nicht zu Beweiszwecken ver-

1) Vgl. Peters, ZZP Bd. 76, 154: Entscheidend sei die Fortsetzung des Eingriffs durch die Beweisaufnahme. Da das Gericht in diesen Fällen selbst die Verfassung verletzen würde, komme es auf die Frage der "Drittwirkung" der Grundrechte nicht an.

2) Wenn auch die Begründungen nicht immer gleichermaßen überzeugend sind, wie die von Peters, ZZP Bd. 76, 154, 155 gegebene; vgl.: Stein-Jonas-Pohle, § 284 B III 1 a; Schneider, Beweis und Beweiswürdigung, S. 33; Roggemann, a.a.O., S. 96; LG Hagen, BB 55, 489; ArbG Kassel, BB 55, 31; BGHZ 27, 284; vgl. im Strafrechtsverfahren das Verbot der Anwendung des Lügendetektors und des sog. Wahrheitsserums: Maunz-Dürig, Art. 2/I, Rdnr. 35 f.; Kleinknecht, § 136 a, Anm. 2 A c; Löwe-Rosenberg, Einl. Kap. 12 IV (S. 172).

wendet werden dürfen. In beiden Fällen würde das Gericht durch die Offenlegung in der Beweiserhebung das Persönlichkeitsrecht verletzen¹, das durch Art. 1 und 2 GG gewährleistet wird².

So wäre dem Gericht in folgendem Fall die Beweiserhebung und damit die Wahrheitsfindung versagt³:

Zwei Geschäftspartner hatten schon mehrere Rechtsstreitigkeiten gegeneinander geführt. Als sich neue Unstimmigkeiten ergaben, schlug der eine vor, sich in der Wohnung des anderen auszusprechen. Jener nahm ohne Kenntnis des anderen Teils das Gespräch mit einem Diktiergerät auf.

In dem nachfolgenden Prozeß wollte er die Bandaufnahme zum Beweis einer ihm günstigen Tatsache abspielen. Die heimliche Aufnahme verletzt §§ 823/II BGB, 296 StGB und das von der Rechtsprechung aus Art. 1/I, 2/I GG hergeleitete Recht am eigenen Wort. Die⁴ Rechtswidrigkeit dieses Vorgehens entfielenur⁴, wenn Notwehr oder eine notwehrähnliche

1) Dies bezweifelt jedoch Kleinknecht, NJW 1966, 1537 f., 1543. Kleinknecht will nur in extremen Fällen bei starker Verletzung der Menschenwürde aus Gründen der Glaubwürdigkeit und des Ansehens des Gerichts ein Beweisverbot annehmen.

M.E. verkennt Kleinknecht, daß es hier auf die Frage der Drittwirkung, bei der eine solche Begrenzung denkbar wäre, nicht ankommt.

2) Die Rechtsprechung hat Beweisverbote bislang nur aus den Art. 1 und 2 GG hergeleitet; vgl. Kleinknecht, NJW 1966, 1537 f. (1541).

3) Vgl. BGHZ 27, 284 = NJW 1958, 1344.

4) Zum allg. Persönlichkeitsrecht und der Rechtswidrigkeit vgl. Palandt-Thomas, § 823, Anm. 15; ferner u.a.: BGH, NJW 70, 1848; LG Hagen, BB 55, 489; KG, NJW 56, 26; ArbG Kassel, BB 55, 31; Zur Kritik gegen eine Rechtfertigung vgl. Löwe-Rosenberg, Einl. Kap. 12, IV (S. 172, 173).

Lage die geschützte Eigensphäre zurückdrängen. Der Wunsch, ein Beweismittel für eine später zu erwartende Auseinandersetzung zu schaffen, rechtfertigt jedoch keine Durchbrechung des Persönlichkeitsschutzes.

Ordnet das Gericht nun das Abspielen der Aufnahme im Prozeß an, so würde damit erneut in das Persönlichkeitsrecht eingegriffen. Das Gericht selbst würde Art. 1/I, 2/I GG verletzen, wenn es die unter Verstoß gegen den Persönlichkeitsschutz erlangten Informationen verwertete.

Wurde das angebotene Beweismittel im Widerspruch zur Verfassung erlangt, so ist nicht abschließend geklärt², ob dieses Beweismittel verwertet werden kann, wenn das Gericht durch die Verwendung des Beweismittels im Prozeß nicht in eigener Person gegen die Grundrechtsnorm verstoßen würde¹.

Die Unsicherheit in der Beurteilung ist daraus zu erklären, daß die Frage der Drittwirkung der Grundrechte ein noch immer offenes Problem ist³ und daß sich selbst bei Anerkennung einer Drittwirkung - wie der Kommentar von Maunz-Dürig schreibt - keine Lösung als Gebot der

-
- 1) Daß zwischen diesem Fall und dem der heimlichen Tonbandaufnahme der Unterschied besteht, daß sich der Verstoß gegen das Persönlichkeitsrecht im Prozeß fortsetzen würde, hat Peters, ZZP Bd. 76, 154 herausgestellt. Damit erhebt sich bei der Verletzung der Intimsphäre nicht die Frage, ob das Gericht den von einer Partei zu verantwortenden Verfassungsverstoß zu berücksichtigen hat.
 - 2) Stein-Jonas-Pohle, § 284 B III 1 a will diese Beweise nicht erheben, wie aus den Beispielen zu entnehmen ist. Kellner, JR 50, S. 270 erwähnt beim nachfolgenden Beispiel (S.196 d.A.) den Verfassungsverstoß nicht, läßt ihn also unberücksichtigt.
 - 3) Vgl. Nipperdey in Neumann-Nipperdey-Scheuner, Bd. II, S. 18 ff, 35; Raiser, Grundgesetz und Privatrechtsordnung, Verhandlungen des 46. dt. Juristentags, B 8 f.

Rechtslogik oder Rechtssystematik anbietet¹.

Daß diese Problematik auch von praktischer Bedeutung ist, wird an dem folgenden Beispiel² deutlich:

Zum Nachweis der Untreue der Ehefrau überreichte der Ehemann im Scheidungsverfahren Briefe eines Dritten an die Ehefrau, aus welchen sich die Eheverfehlung ergeben sollte. Diese Briefe hatte sich der Ehemann ohne Kenntnis und ohne Willen der Ehefrau verschafft, indem er die von der Post zugestellten, an seine Frau adressierten Briefe in Empfang nahm und frühere Briefe aus dem verschlossenen Schreibtisch der Ehefrau entwendete.

Durch die Wegnahme der Briefe hat der Mann strafbare Vergehen gemäß §§ 299, 242, 247 StGB und verbotene Eigenmacht im Sinne von § 858 BGB begangen.

Erkennt man die Drittwirkung des Art. 10 GG an³, so hat der Ehemann außerdem gegen dieses Grundrecht verstoßen⁴.

Unter logischen und systematischen Gesichtspunkten kann man sowohl argumentieren, daß der außerprozessuale Verstoß gegen Verfassungsgebote die Wahrheitsfindung nicht beeinträchtigt als auch, daß sich die Verfassungswidrigkeit auf alle Folgehandlungen erstrecken müsse.

-
- 1) Maunz-Dürig, Art. 2/I GG, Rdnr. 40.
 - 2) Das Beispiel ist von Kellner, JR 50, 270 angeführt. Bei den von ihm aufgezählten materiellen Verstößen erwähnt er allerdings den Verfassungsverstoß nicht.
 - 3) So Hamann, Das Grundgesetz, Art. 10 Anm.B4; Oehler in Neumann-Nipperdey-Scheuner II, S. 608; die überwiegende Meinung verneint hingegen die Drittwirkung: Maunz, Dt. Staatsrecht, S. 127; von Mangoldt-Klein, Komm. zum Grundgesetz, S. 336.
 - 4) Ob zusätzlich das allgemeine Persönlichkeitsrecht tangiert ist, hängt davon ab, ob der Brief so vertraulich ist, daß er der Intimsphäre der Briefpartner zuzurechnen ist. Dann würde Art. 1/I, 2/I GG im Prozeß durch die erneute Preisgabe vor Gericht verletzt.

Die Frage ist durch eine Wertung zu lösen¹. Aus der Aufgabe der Grundrechte in unserer Rechtsordnung ergibt sich, daß es für den Gebrauch grundgesetzwidrig erlangter Beweismittel nicht darauf ankommen kann, ob die Beweisordnung erneut die Verfassung verletzt. Auch kann dahinstehen, ob Verfassungsrecht und Privatrecht zu trennen sind². Denn im Prozeß garantiert der Staat eine gerechte Entscheidung nach pflichtgemäßer Prüfung aller Umstände. Die Grundrechte sichern die Einheit der Rechtsmoral in den Grundwerten der gesamten Rechtsordnung. Diesem Ziel wird nur dann Rechnung getragen, wenn das, was im Widerspruch zur Verfassung erlangt wurde, auch im Verfahren illegal bleibt. In den Grundwerten der Rechtsordnung ist eine formale Betrachtung, welche den Prozeß von den vorangegangenen Verstößen trennt, nicht zu rechtfertigen. Überlegt man sich die Auswirkung dieser Auffassung, so bestätigt dies die vertretene Ansicht. Bei der rechtswidrigen Beweismittelbeschaffung kann der Beweisführer nämlich nur mit drei Verfassungsartikeln in Konflikt geraten: Art. 1/I, 2/I und Art. 10 GG. Alle anderen Grundrechte sind entweder nicht "drittrichtet"³ oder können ihrem Gehalt nach durch

1) Maunz-Dürig, Art. 2/I, Rdnr. 40.

2) Vgl. Raiser, a.a.O., B 10.

3) Vgl. Maunz, Dt. Staatsrecht, S. 106: einige Grundrechte wenden sich nach ihrer Formulierung auch gegen andere Bürger; Nipperdey in Neumann - Nipperdey-Scheuner, Bd. II, S. 18 ff., 35 ff. will die Grundrechte im Privatrechtsverkehr anwenden, deren Rechtsprinzip in die öffentliche Ordnung, in die Rechtsmoral eingegangen ist.

"unfaire " Methoden bei der Beweisführung nicht tangiert werden. Insbesondere kann Art. 14 GG nicht herangezogen werden, wenn das Eigentum anderer Personen durch den Beweisführer mißachtet wurde. Art. 14 GG schützt das private Eigentum nur vor Eingriffen des Staates. Der Schutz des Eigentums gegen Angriffe von Privatpersonen ist dem " einfachen Gesetzgeber " anvertraut¹. Damit kann nur bei einer Verletzung des Art. 10 GG² durch die Partei der Fall eintreten, daß durch die Beweiserhebung nicht erneut gegen das Grundrecht verstoßen wird. Bei einer Verletzung des Briefgeheimnisses entscheiden aber nur Nuancen, ob gleichzeitig das Persönlichkeitsrecht tangiert wird; die Vertraulichkeit des Briefes ist maßgebend, ob die Intimsphäre der Briefpartner verletzt wird. Es wäre aber kaum verständlich, wenn die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel von der Unwägbarkeit des Inhalts des Briefes abhinge.

Zusammenfassend ist somit festzustellen: Verletzt ein Beweismittel durch die Art und Weise seiner Beschaffung oder durch seine Verwendung im Prozeß Verfassungsgebote, so ist dieses Beweismittel zur Wahrheitsermittlung nicht zulässig.

1) Maunz-Dürig, Art. 14, Rdnr. 10.

2) Auch hier ist die Wirkung im Verhältnis der Bürger untereinander jedoch umstritten. Die überwiegende Meinung verneint eine Drittwirkung: Maunz, Dt. Staatsrecht, S. 127; v. Mangoldt-Klein, Komm. zum GG, S. 336. Für eine Wirkung gegen Dritte: Hamann, Das GG, Art. 10, Anm. B 4; Oehler in Neumann-Nipperdey-Scheuner II, S. 608.

3. Auch im Prozeß gilt der Grundsatz von
Treu und Glauben.

a) Entwickelt wurde das Prinzip von Treu und Glauben im materiellen Recht. Es besagt, daß sich jeder der Partner so zu verhalten hat, wie dies unter redlich denkenden Vertragspartnern erwartet werden kann¹.

Ebenso wie der bürgerlich-rechtliche Anspruch ist die prozessuale Befugnis durch Treu und Glauben eingeschränkt². Die im materiellen Recht zur Begründung eines Treuverhältnisses vorausgesetzte Sonderverbindung zwischen den Parteien ist im Prozeß in der Form des sog. Prozeßrechtsverhältnisses³ vorhanden. Dieses wird durch den Prozeß gebildet und muß von der materiell-rechtlichen Beziehung unterschieden werden.

Die Anwendung von Treu und Glauben im Beweisrecht wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Arglist der Partei schon mit Mitteln des

-
- 1) Larenz, Schuldrecht I, S. 113; Palandt-Heinrichs, § 242, Anm. 1 c.
- 2) Vgl. insbes. Zeiss, Die arglistige Prozeßpartei, S. 50, 51, 203; Baumgärtel, Prozeßhandlung, S. 139, 140; Baumgärtel, Die Verwirkung prozessualer Befugnisse im Bereich der ZPO und der FGG, ZZP Bd. 67, 423 f., 426, 427; Peters, Ausforschungsbeweis, S. 124, 85 f.; P. Anhalt, Diss., S. 96 f.; Palandt-Heinrichs, § 242 Anm. 3; Stein-Jonas-Pohle, Einleitung E II 2; Larenz, Schuldrecht I, S. 107; Nikisch, LB, S. 203; BGH, JZ 53, 153; RGZ 159, 190; 154, 303; 160, 246; 161, 359; BAG, NJW 62, 463; BGHZ 31, 83; A.A. James Goldschmidt, a.a.O., S. 292: Die ZPO sei schlechthin "moralinfrei".
- 3) Vgl. Nikisch, S. 202; Stein-Jonas-Pohle, Einl. E II 2;
Zum Begriff des Prozeßrechtsverhältnisses vgl. Rosenberg-Schwab, S. 5 f; BGHZ 40, 203. Gegen diesen Begriff spricht sich Niese, S. 24 aus, da es im Prozeß keine Pflichten gegenüber Gericht und Partner, sondern nur Lasten gebe.

Verfahrensrechts bekämpft wird¹, wie z.B. durch die Wahrheitspflicht des § 138 ZPO und die Bestimmungen über die Prozeßverschleppung. Diese Normen konkretisieren den allgemeinen Grundsatz und zeigen, daß dieser auch im Beweisrecht gilt. Für die durch die Sonderregelungen erfaßten Materien ist allerdings abschließend festgelegt, was Treu und Glauben verlangen.

b) Zunächst ist daher aufzuzeigen, durch welche Bestimmungen Treu und Glauben bei der Beweisführung konkretisiert sind. Die von der Konkretisierung erfaßte Verhaltensweise kann solchenfalls nicht mehr nach dem Grundsatz von Treu und Glauben überprüft werden.

aa) Die Bestimmungen der §§ 283/II, 279, 523, 529/III ZPO richten sich u.a. gegen schuldhaft verzögerte Anträge. Werden die Anträge innerhalb einer Instanz verspätet vorgebracht, so kann das Gericht über die Beweisanzordnung nach seinem Ermessen entscheiden (§§ 283/II, 279, 523 ZPO)². Stellt eine Partei in der Berufungsinstanz aus Verschleppungsabsicht oder grober Nachlässigkeit ihr schon in erster Instanz mögliche Anträge und bewirken diese eine Verzögerung der Erledigung des Rechtsstreits, so hat das Gericht diese Anträge

1) Vgl. bei Zeiss, a.a.O., S. 50, 51; Rosenberg-Schwab, LB, § 2, Anm. IV, S. 9.

2) Vgl. S. 166 f.

Da die Beweiserhebung in den §§ 283/II, 279, 523 ZPO in das Ermessen des Gerichts gestellt wurde und auch ein verspäteter Beweisanztrag nicht stets gegen Treu und Glauben verstoßen muß, ist die Beschleunigung und Konzentration des Verfahrens der für die getroffene Regelung maßgebliche Gesichtspunkt: vgl. Brüggemann, a.a.O., S. 113 und Lent, ZZP Bd. 63, S. 40. Dennoch waren diese Bestimmungen hier anzuführen, da der Rückgriff auf den Gedanken von Treu und Glauben verwehrt ist.

gemäß § 529/II ZPO zurückzuweisen¹. Durch diese Befugnis, verspäteten Anträgen nicht stattzugeben, wird einerseits der Prozeß beschleunigt, andererseits aber auch der Grundsatz von Treu und Glauben konkretisiert. Treu und Glauben verlangen, daß ein Beweismittel dann vorgebracht wird, wenn ersichtlich ist, daß es benötigt wird.

Diese Normen legen die Rechtsfolge des verspäteten Vorbringens von Beweismitteln abschließend fest. Der Gedanke der Verwirkung hat daneben keinen Platz. Im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften dürfen beide Parteien ihre prozessuale Befugnis zum Beweisantritt bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung ausüben, ohne daß sich der Gegner darauf berufen kann, er habe mit einer zeitlich früheren Ausübung gerechnet und darauf sein Verhalten abgestellt².

bb) § 138/I ZPO verlangt von den Parteien, daß sie sich vollständig und der Wahrheit gemäß erklären.

Ein Beweisantrag darf daher keine unwahren - oder durch Unvollständigkeit unwahren - Behauptungen enthalten. Wann liegt jedoch eine unwahre Behauptung vor, die es rechtfertigt, einen Beweisantritt zurückzuweisen? Wie kann das Gericht feststellen, daß eine Behauptung unwahr ist?

§ 138 Abs. 1 verlangt von den Parteien, daß sie ihre Erklärungen der Wahrheit gemäß abgeben. Werden die Parteien zur Wahrheit verpflichtet, so kann dies nur bedeuten, daß sie selbst von der Richtigkeit ihrer Behauptungen

1) Hier kann das Gericht nicht nach seinem Ermessen über die Zulässigkeit des Antrags befinden: vgl. Stein-Jonas-Pohle, § 529/III, I c; Thomas-Putzo, § 529 Anm. 3 d.

Unterstützend kann das Gericht jedoch auch hier die Erfolgsaussichten des Beweisantrags beurteilen: vgl. LG Itzehoe, VersR 67, 1039 (40).

2) Baumgärtel, Die Verwirkung prozessualer Befugnisse im Bereich der ZPO und der FGG, ZZP Bd. 67, 423 f., 434.

überzeugt sein müssen¹. Die objektive Wahrheit ist in der Beweiserhebung zu finden.

Das Gericht muß also, will es sich auf § 138 Abs. 1 berufen, Gewissenserforschung betreiben. Es muß die Wahrhaftigkeit beurteilen.

Diese Kontrolle beschränkt sich auf eklatante Verstöße, falls die Partei nur dann unwahrhaftig handelt, wenn sie eine Behauptung aufstellt, von der sie positiv weiß, daß sie unrichtig ist².

Ist man hingegen der Ansicht, daß eine Partei nur dann von der Richtigkeit ihrer Behauptung überzeugt ist, wenn sie die Wahrheit ihrer Behauptung positiv weiß oder die Wahrheit durch

-
- 1) Vgl. Fritz von Hippel, Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozeß, S. 430: entscheidend ist der Einklang von Vorbringen und innerer Überzeugung; ferner: Lent, Wahrheits- und Aufklärungspflicht, S. 36 f.; Welzel, Wahrheitspflicht, insbes. S. 7, 8; Bernhardt, Aufklärung des Sachverhalts, S. 24 f.; Büttner, ZZP Bd. 67, 73 f., 83; Anhalt, Diss., S. 30 f.; Peters, Ausforschungsbeweis im Zivilprozeß, S. 67 f.; BGH, NJW 68, 1233 (4); RAG 17, 295; BAG, AP Nr. 24 zu § 611 BGB, Ärzte, Gehaltsansprüche; Baumbach-Lauterbach, § 138, Anm. 1 B; Rosenberg-Schwab, LB, § 65 VIII 4, S. 320.
 - 2) Dieser Ansicht sind: Peters, Ausforschungsbeweis, S. 67 f.; Anhalt, Diss., S. 30 f.; Büttner, ZZP Bd. 67, 73 f.; Dunz, NJW 1956, 769 (771, 772): Zurückhaltung bei der Bejahung einer Wahrheitspflichtverletzung üben auch der BGH, FamRZ 64, 253 und das OLG Konstanz, NJW 56, 795: dem Antragsteller könne der Glaube an die Richtigkeit seiner Behauptung nur schwer abgestritten werden; ferner Rosenberg-Schwab, LB, § 65 VIII 4., S. 320; Blomeyer, LB, S. 376, 143; Bruns, LB, S. 122; Bernhardt, § 23 III 1; Stein-Jonas-Pohle, § 138 Anm. I 1 b.

Anhaltspunkte belegt ist¹, so müssen die Gerichte die Wahrhaftigkeit sorgfältig überprüfen. Dies geschieht dadurch, daß der Richter das Gewicht der Anhaltspunkte, welche die Partei veranlaßten, die Behauptung aufzustellen, würdigt. Kommt er dabei zu dem Ergebnis, daß die Partei die Vermutung nach Lage der Verhältnisse nicht für wahrscheinlich oder möglich halten durfte, so verstößt die Behauptung gegen § 138 Abs. 1 ZPO und ist nicht zuzulassen.

Die zuletzt dargelegte Auffassung von der Wahrheitspflicht kann jedoch nicht gebilligt werden: Der Verstoß gegen § 138 / I ZPO darf nicht davon abhängen, ob es dem Behauptenden gelingt, seine Vermutung durch Anhaltspunkte mehr oder minder wahrscheinlich zu machen. Ein zur Beweiserhebung verpflichtender Beweisanspruch setzt nur eine bestimmte Behauptung voraus. Die Beurteilung der Wahrscheinlichkeit, die für die Behauptung spricht, hat nach der Beweiserhebung in der Beweiswürdigung zu erfolgen. Hegt eine Partei eine Vermutung, so besteht die Möglichkeit, daß die Beweiserhebung die Vermutung bestätigt. Die Beweiserhebungspflicht verlangt aber, daß jedem erfolgsversprechenden Antrag stattgegeben wird. Deshalb kann das Gericht nicht verlangen, daß die Partei eine vermutete Tatsache nur dann behauptet, wenn

1) So: Lent, a.a.O., S. 36 f., 39; Welzel, a.a.O., S. 7, 8; Bernhardt, Aufklärung des Sachverhalts, S. 26, 27 sieht zwar in der Wahrheitspflicht nur das Verbot bewußter Unwahrheit, hält aber § 138 auch dann für verletzt, wenn die Partei Behauptungen "unbekümmert um ihre Richtigkeit" aufstellt. Baumbach-Lauterbach, § 138 Anm. 1 B; BGH, NJW 68, 1233 (4); RAG 17, 295.

sie sie vorher auf ihre Richtigkeit geprüft hat¹.

§ 138 Abs. 1 kann daher nur als Verbot der Lüge im Prozeß verstanden werden. Jede Partei kann ohne Verstoß gegen § 138 Abs. 1 ZPO Vermutungen aufstellen, auch wenn sich diese nicht auf Anhaltspunkte stützen.

Ist der Partei der Glaube an die Richtigkeit ihrer Behauptung nicht abzusprechen, während das Gericht der Überzeugung ist, daß die Tatsache objektiv unrichtig ist, so darf es deshalb den Beweisantrag nicht ablehnen. Es muß die Beweisaufnahme anordnen und auf Grund der Beweiserhebung seine Meinung überprüfen². Sollten jedoch Erfahrungssätze die Unrichtigkeit der Behauptung belegen, so kann das Gericht diese als unmöglich bezeichnen und von einer Beweiserhebung absehen³.

c. Nachdem die gesetzlichen Konkretisierungen von Treu und Glauben dargestellt sind, gilt es, den verbleibenden Anwendungsbereich des Rechtsmißbrauchsgedankens bei der Ablehnung von Beweisanträgen zu beleuchten.

Dabei ist einleitend folgende Feststellung zu treffen: Da ein ordnungsgemäßer Beweis-

1) Vgl. Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht, S. 146.

2) Vgl. dazu auch Guido Esser, Ausforschungsbeweis, Diss., S. 196.

3) Denn der Richter ist immer an die Erfahrungssätze gebunden: vgl. S.103 dieser Arbeit.

antrag das Gericht zur Beweiserhebung verpflichtet und das Verfahrensrecht die formale Befugnis grundsätzlich anerkennt, ist bei der Annahme eines Verstoßes gegen Treu und Glauben in jedem Fall Zurückhaltung geboten¹. Jedoch kann der Beweisführer gegenüber dem Gegner oder dem benannten Zeugen das Treuegebot verletzen, wenn sein Verhalten ethischen Werten widerspricht². Denn der Wahrheitsfindung sind auch im Hinblick auf ihre Einwirkung auf die Betroffenen Grenzen gesetzt³.

-
- 1) Vgl. Thomas-Putzo, Einl. III 3a: grundsätzlich sei ein Verstoß gegen Treu und Glauben für die Wirksamkeit einer Prozeßhandlung ohne Bedeutung; ferner: BGHZ 31, 83 f.: es gehe nicht an, die vom Gesetzgeber gewollten Rechtsfolgen unter Bezugnahme auf die Unbilligkeit der entstandenen Lage unbeachtet zu lassen.

Die Zweckentfremdung der prozessualen Befugnis, die Esser und Zeiss (Esser, Schuldrecht, S. 34; Zeiss, Die arglistige Prozeßpartei, S. 56, 62, 153 f) als eine Form des Rechtsmißbrauchs darstellen, gewinnt bei der Ablehnung eines Beweisantrags keine Bedeutung: dient ein Antrag nicht der Aufklärung der für die Entscheidung des Prozesses notwendigen Wahrheit, sondern z.B. der Bloßstellung des Gegners oder des Zeugen, so wird diesem Antrag bereits durch die Ablehnungsgründe der Unerheblichkeit oder der Ungeeignetheit des Beweismittels begegnet.

Wenn das OLG Bamberg (BayJMBL. 1955, 130 = FamRZ 1955, 217) in einem Unterhaltsprozeß die Meinung vertrat, der Beklagte, der den Mehrverkehr abstrakt einwendet, könne nicht die Zeugenvernehmung der Mutter oder ein erbbiologisches Gutachten verlangen, da er den Zeugniszwang oder die Untersuchungspflicht mißbrauche, so verkennt es dabei, daß diese Beweiserhebungen der Wahrheitsfindung dienen.

- 2) Vgl. Zeiss, a.a.O., S. 62; Esser, Schuldrecht, S. 35.
3) Vgl. Gaul, AcP Bd. 168, 27 f., 50.

So muß die Aufklärung des Sachverhalts im Einzelfall zurücktreten, wenn durch die Beweiserhebung höhere Werte des Gegners oder eines Dritten als die Ermittlung der Wahrheit gefährdet werden. Diese Feststellung ist durch eine Güterabwägung zu treffen. So wurde im folgenden Fall den Interessen des Gegners Vorrang eingeräumt¹:

Der Kläger hatte die Vernehmung des Beklagten als Partei beantragt. Der Amtsarzt erklärte, bei einer Vernehmung durch das Gericht bestehe nach zwei erlittenen Herzinfarkten die Gefahr eines neuen Infarkts oder jedenfalls eines Kreislaufversagens. Das Gericht sah daraufhin von der Vernehmung des Beklagten ab, da es die Verantwortung für den Gesundheitszustand des Beklagten nicht übernehmen könne.

Die Güterabwägung muß von dem Gedanken geleitet sein, daß alle Nachteile, die durch eine Beweiserhebung üblicherweise erwachsen, vom Gesetzgeber in Kauf genommen bzw. durch Zeugnisverweigerungsrechte geschützt worden sind und daher der verpflichtenden Wirkung des Beweisantrags nicht entgegenstehen können. Nur außergewöhnliche Folgen können einen Rechtsmißbrauch begründen².

1) BAG, NJW 66, 2426.

2) OLG Hamburg, NJW 53, 1873; Zöllner, § 372 a Anm. 3b; Blomeyer, LB, S. 383; Pohle, Das neue einheitliche Zivilprozeßrecht, MDR 50, S.642 f, 645; G. Esser, Der Ausforschungsbeweis, S.228f. Soweit diese Zitate von § 372 a ZPO ausgehen, muß entsprechendes für die nicht geregelten Fälle, wie die Zeugenvernehmung, gelten. Ob die Güterabwägung gesetzlich durch das Erfordernis der Zumutbarkeit festgelegt oder aus dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben abzuleiten ist, ist unerheblich. In jedem Fall sind die Einwirkungen auf den Betroffenen zu bedenken.

Daher kann sich eine Mutter im Statusverfahren gegen ihre Vernehmung und gegen ihre Untersuchung oder die ihres Kindes nicht unter Berufung auf Treu und Glauben wehren¹. Ob sie sich vernehmen läßt, ist ihrer Entscheidung überlassen, denn gemäß § 383 Nr. 3 ZPO steht ihr ein Zeugnisverweigerungsrecht zu. Von der Zumutbarkeit der Untersuchungen geht das Gesetz in § 372 a ZPO aus.

Für die Annahme einer Verletzung des Treuebots reichen die Gefahr strafrechtlicher Verfolgung² oder des Prozeßverlustes³ ebenso wenig aus wie eventuelle vermögensrechtliche Nachteile⁴ oder eheliche Zwistigkeiten⁵.

Nur erhebliche persönliche Auswirkungen, wie die Zufügung ernsthafter gesundheitlicher Schäden durch die Vernehmung⁶, der Verlust der Berufsstellung oder die Zerstörung der Ehe⁷ verdrängen bei der Güterabwägung das Recht auf eine Aufklärung des Sachverhalts, es sei denn, daß das Gesetz - wie beim Zeugenbeweis in § 384 Nr. 1, 2, 3 ZPO - eine andere Abwägung getroffen hat.

-
- 1) Ähnlich Peters, Der Ausforschungsbeweis, S. 87.
 - 2) LG Stuttgart, MDR 53, 370; OLG Hamburg, NJW 53, 1873; Niedermeyer, Die Pflicht zur Duldung von Blutuntersuchungen, MDR 52, 199 (200); Esser, Der Ausforschungsbeweis, S. 230 f., a.A. Bosch, Grundsatzfragen, S. 67; Bernhardt, LB, S. 239.
 - 3) OLG Stuttgart, MDR 57, 553; OLG Nürnberg, NJW 53, 1874; Niedermeyer, MDR 52, 199 (200).
 - 4) OLG Frankfurt, NJW 55, 110.
 - 5) LG Stuttgart, MDR 53, 370.
 - 6) BGH, BB 66, 1228; BAG, NJW 66, 2426.
 - 7) OLG Hamburg, NJW 53, 1873.

4. Ausforschungsverbot als prozessualer Grundsatz?¹

a. (aa) Dem Ausforschungsverbot² liegt die Vorstellung zugrunde, daß die Beweiserhebung nicht dazu dienen darf, einer Partei die Kenntnis der zum Prozeßsieg notwendigen Tatsachen zu verschaffen. Es wird als unzulässig betrachtet,

-
- 1) Löwe-Rosenberg, Einl. Kap. 12, II 1 c (S.169) sieht mit Recht in dem Ausforschungsverbot ein Beweisverbot und zwar ein Beweismethodenverbot.
 - 2) Zum Ausforschungsbeweis siehe insbesondere folgende Darstellungen und Abhandlungen: Büttner, Vaterschaftsprozesse und Ausforschungsbeweise, ZZP Bd. 67, 73 f.; Arndt, Ausforschungsbeweis, DRiZ 66, 301; Dunz, Der unzulässige Ausforschungsbeweis, NJW 56, 769; Lang, Der Ausforschungsbeweis im Unterhaltsprozeß des unehelichen Kindes, DRiZ 62, 229; Hauser, Aktuelle Fragen der Zahlvaterschaft, NJW 59, 1811; Stückrath, Zur Frage des unzulässigen Ausforschungsbeweises im Unterhaltsprozeß, MDR 50, 30; Jessen, Zurückweisung eines Antrags auf Gutachteneinholung als Ausforschung? MDR 56, 263; Schröder, Abstammung und Ausforschung in der höchstrichterlichen Praxis der Schweiz und der BRD, FamRZ 65, 178; ferner die ausführlichen Darstellungen von: Peters, Der Ausforschungsbeweis im Zivilprozeß; Anhalt, Verfahrensgrundsätze und Ausforschungsbeweis, Diss.; Esser Guido, Der Ausforschungsbeweis, Diss.; Lüderitz, Ausforschungsverbot und Auskunftsanspruch bei Verfolgung privater Rechte; Kuchinke, Freiheit und Bindung, S. 40 f.; in der Kommentarliteratur z.B.: Rosenberg-Schwab, LB, § 119 II 1; Grunsky, a.a.O., S. 382 f.; sehr knapp: Stein-Jonas-Pohle, § 282 III, 1. Soweit die angegebenen Entscheidungen und die Literatur den Ausforschungsbeweis im Kinderschaftsrecht betreffen, haben sie nach der Neufassung des Nichteheleichenrechts keine unmittelbare praktische Bedeutung mehr. Für das theoretische Verständnis bleiben sie dennoch wichtig, denn gerade in diesem Bereich wurde diese Rechtsfigur erarbeitet und fortgebildet.

daß die Partei ein Beweisthema und ein Beweismittel benennt, obwohl sie das Ergebnis der Beweiserhebung noch nicht kennt.

Um den zulässigen Beweis Antrag vom unzulässigen Ausforschungs- oder Beweisermittlungsantrag zu unterscheiden, wird auf folgende drei Kriterien abgestellt.

1. die Unbestimmtheit des Antrags
2. ob die Ergebnisse der Beweiserhebung die Grundlage neuen Vorbringens werden sollen
3. ob die Behauptung ohne Anhaltspunkte aufgestellt wurde.

(bb) Terminologisch bezeichnen Blomeyer¹ und Stein-Jonas-Pohle² den unbestimmten Beweis Antrag als "Beweisermittlungsantrag", während sie den "Ausforschungsantrag" dadurch gekennzeichnet sehen, daß er die Grundlage neuen Vorbringens sein solle und aufs Geratewohl gestellt sei.

Büttner³ versteht unter einem "Beweisermittlungsantrag" ein Begehren nach einer Beweiserhebung, die dem Beweisführer bislang unbekannte Tatsachen offenbaren soll. Als "Ausforschungsbeweis" betrachtet er den Antrag, für dessen Wahrscheinlichkeit keine Anhaltspunkte sprechen. Die Unbestimmtheit des Antrags bleibt bei ihm bei beiden Begriffen außer Betracht.

1) Blomeyer, LB, S. 375.

2) Stein-Jonas-Pohle, § 282 III 1.

3) Büttner, ZZP Bd. 67, S. 84, 79.

Überwiegend wird eine terminologische Trennung nicht vollzogen¹. Man spricht schlechthin von einem "Ausforschungsbeweis". So soll auch hier verfahren werden.

b. Auf Grund einer unbestimmten Angabe von Beweismittel und Beweisbehauptung wird nur vereinzelt das Vorliegen eines Ausforschungsbeweises oder eines Beweisermittlungsantrags bejaht².

Soweit dies geschieht, wird die Bestimmtheit nicht nur nach der Schlüssigkeit des Vorbringens³, sondern nach Schlüssigkeit und Wahrscheinlichkeit beurteilt: Ausreichend substantiiert sei nur die Behauptung, für deren Wahrscheinlichkeit ein dringender Verdacht spreche.

So wurde von einer Mindermeinung die schlichte Behauptung des Mehrverkehrs nach dem bis zum 30.6.1970 geltenden Unehelichenrecht nicht für ausreichend bestimmt angesehen, um die Zeugnispflicht der Mutter des unehelichen Kindes zu begründen⁴. Der Beweisführer müsse angeben, welche Fakten ihn veranlaßten, diese Behauptung aufzustellen. Als derartige Anhaltspunkte wurden anerkannt: die Mutter war ein "Soldatenliebchen" oder hatte sich dem Mann schon bei der ersten Bekanntschaft hingegeben.

-
- 1) Baumbach-Lauterbach, § 282, Anm. 2; G. Esser, a.a.O., S. 128; Peters, Ausforschungsbeweis, S. 13; Auch die Rechtsprechung - soweit nicht in der nächsten Anm. zitiert, spricht von einem Ausforschungsbeweis.
 - 2) So FamRZ 60, 111; RG, HRR 1928, 1940; Stein-Jonas-Pohle, § 282/III 1; Stückrath, Zur Frage des unzulässigen Ausforschungsbeweises in Unterhaltsprozessen, MDR 50, 30; Niclas, Ausforschungsbeweis im Vaterschaftsprozeß, ZBLJugR 66, 289.
 - 3) Dies betont zutreffend Rosenberg-Schwab, LB, § 119 II 2 d.
 - 4) So Lang, DRiZ 62, S. 229 (230); Bernhardt, LB, S. 231; Niclas, ZBLJugR 60, S. 9; LG Bad Kreuznach, FamRZ 56, S. 115; OLG Freiburg, JZ 55, S. 229; a.A. die herrsch. Meinung; siehe S. 50 dieser Arbeit.

Auch nach neuem Nichteheichenrecht bleibt diese Meinung von Bedeutung, denn der Mehrverkehr kann als Indiz Zweifel an der Vaterschaft begründen. Auch im Verfahren mit Untersuchungsgrundsatz brauchte einem unsubstantiierten Antrag nicht nachgegangen zu werden.

Lüderitz¹ verlangt zwar keine Steigerung der Substantiierung über die Schlüssigkeit. Er sieht jedoch von der durch die Schlüssigkeit gebotenen Konkretisierung ab, wenn - gleichsam als Ersatz - Anhaltspunkte für die Wahrscheinlichkeit der Behauptung dargetan werden. In drei Stufen steigert er nach dem Grad der Substantiierung der Behauptung die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit. Er will auf diese Weise das Informationsinteresse der einen Partei mit dem Geheimhaltungsinteresse der anderen Partei in Einklang bringen.

Lüderitz legt dies u.a. an Hand folgender Entscheidung des BGH dar²: Gestritten wurde um Unterlassung wettbewerbsschädlicher Behauptungen. Beide Parteien vertrieben einen ostpreußischen Likör. Die seit je in Westdeutschland ansässige Beklagte warb in ihrer Reklame damit, daß sie ihren Likör nach altem ostpreußischen Familienrezept herstelle. Die ehemals ostpreußische Klägerin wandte sich gegen das Verbreiten dieser Behauptung. Die Klägerin trug zur Begründung nur vor, die Beklagte besitze kein altes ostpreußisches Familienrezept.

Diesen Vortrag sieht Lüderitz als ausreichend substantiiert an, denn nach der geschilderten Sachlage bestünden Zweifel an der Berechtigung der Werbung. Die Beklagte sei schon immer in Westdeutschland ansässig und habe niemals unmittelbare Beziehungen zu Ostpreußen besessen. Es sei daher wahrscheinlich, daß sie kein ostpreußisches Familienrezept besitze.

1) Lüderitz, Ausforschungsverbot und Auskunftsanspruch, S. 8, 20 ff.

2) Lüderitz, a.a.O., S. 30, 31; BGH, WRP 62, 405.

Wird in den genannten Fällen die Bestimmtheit nach der Wahrscheinlichkeit beurteilt, so wird damit die Wahrheit der Behauptung bewertet. Denn Wahrheitsfindung bedeutet, daß eine für das praktische Leben ausreichende Wahrscheinlichkeit aufgezeigt wird. § 286 ZPO gebietet aber, die Wahrheit von Tatsachen nach der Beweisaufnahme zu würdigen. Diesem Gedanken würde es widersprechen, wenn eine Beweisaufnahme wegen einer geringen Wahrscheinlichkeit abgelehnt würde. Es ist daher für die Bestimmtheit und für die Beweiserhebung unbeachtlich, ob eine Behauptung mehr oder minder wahrscheinlich ist. Auch kann eine geringe Konkretisierung nicht - wie Lüderitz meint - durch Wahrscheinlichkeit aufgewogen werden¹.

Die Ansicht, daß das Verbot des Ausforschungsbeweises nicht auf die mangelnde Bestimmtheit des Beweisantrags gestützt werden kann, hat sich heute auch in Rechtsprechung und Literatur durchgesetzt².

c. Rechtsprechung und Literatur sprechen von einem unzulässigen Ausforschungsbeweis, wenn durch den Beweisantrag lediglich die Grundlage für eine neue Behauptung gefunden werden

1) Auch G. Esser, a.a.O., S. 180 lehnt eine Berücksichtigung der Wahrscheinlichkeit ab.

2) Z. B. BGH, NJW 64, 1414; LG Bonn, ZBlJugR 62, 237; LG Bad Kreuznach, FamRZ 55, 115; LG Bonn, MDR 54, 176; BGH, FamRZ 64, 253; Zöller, § 282 III; Wiczorek, § 282 B II c 4; Schönke-Kuchinke, LB, S. 276; Kuchinke, Freiheit und Bindung, S. 40 f.; Peters, Der sog. Freibeweis im Zivilprozeß, S. 12, 13; Esser, Der Ausforschungsbeweis, S. 152.

soll¹.

Der Kläger stellt in diesen Fällen zwar eine bestimmte Behauptung unter Beweis, will aber durch die Beweiserhebung über das Beweisthema hinaus weitere oder genauere Tatsachen in Erfahrung bringen.

Dieses Informationsstreben hat der BGH² in einem Rechtsstreit zwischen Gesellschaftern um die fachliche Eignung des einen Gesellschafters zur Geschäftsführung nicht gebilligt:

Die beweispflichtigen Gesellschafter wollten die Unfähigkeit zur Geschäftsführung dadurch dartun, daß der Gegner in einem Beweistermin vor dem Gericht durch einen Sachverständigen auf seine fachlichen Kenntnisse geprüft werde.

Der BGH billigte dieses Ansinnen nicht. Er betonte, es sei gleichgültig, ob der Beweis Antrag allgemein formuliert oder in die Form eines umfangreichen Fragenkatalogs gekleidet sei. Der Sache nach laufe der Beweis Antrag in beiden Fällen darauf hinaus, den Gegner vor Gericht einer Prüfung durch einen Sachverständigen zu unterziehen und ihn zu zwingen, dem Beweisführer das Material zum Prozeßsieg zu verschaffen.

Ein solcher Ausforschungsantrag wird für unzulässig gehalten. da er den Verhandlungsgrund-

1) BGH, NJW 58, 1491; FamRZ 64, 253; NJW 64, 1414; JR 65, 181 = MDR 65, 40; NJW 68, 1233; MDR 67, 204; RAG 17, 294; OLG Schleswig, SchlHA 55, 360; LG Köln, FamRZ 55, 147; LG Bonn, ZBlJugR 62, 237. Ferner die auf S.208 A.2 zitierte Literatur zum Ausforschungsbe-
weis.

2) BGH, NJW 58, S. 1491.

satz¹, die Beweislastregeln² oder das Prinzip von Treu und Glauben³ verletze. Aus diesen Prinzipien folge, daß die Parteien dem Gericht den Prozeßstoff unterbreiten müßten. Sie dürften sich nicht damit begnügen, es zu eigenen Nachforschungen anzuregen. Keine Partei müsse es zulassen, daß sich der Gegner erst im Prozeß Material verschaffe, über das er nicht von vornherein verfüge.

aa) Der Verhandlungsgrundsatz besagt, daß es den Parteien obliegt, die entscheidungserheblichen Tatsachen vorzubringen und zu beweisen. Er grenzt die Befugnisse zwischen Gericht und Parteien ab, den Tatsachenstoff in den Prozeß einzuführen⁴.

-
- 1) So Nikisch, § 85 I 2, S. 333 und BGH, NJW 58, 1491; BGH, MDR 57, 204.
Da nach dieser Meinung das Ausforschungsverbot aus dem Verhandlungsgrundsatz abzuleiten ist, wird der Ausforschungsgedanke im Verfahren mit Untersuchungsgrundsatz folgerichtig abgelehnt: BGH, FamRZ 64, 150; Baumbach-Lauterbach, § 640 Anm. 3 bei § 622/I; BVerwG, NJW 68, 1441;
vgl. dazu ferner Peters, Ausforschungsbe-
weis, S. 120, 26 f.; Rosenberg-Schwab,
LB, § 119 II 2 a.
 - 2) BGH, NJW 64, 1414 und NJW 58, 1491 sprechen davon, daß es unzulässig sei, den Gegner oder einen Dritten zu einer Auskunft zu veranlassen, auf die der Beweisführer nach sachlichem Recht keinen Anspruch habe;
ferner Niclas, ZBlJugR 1960, 9 f., 10.
 - 3) BGH, NJW 64, 1414; RAG 17, 294.
 - 4) Vgl. Brüggemann, a.a.O., S. 100 f.; ins-
bes. 107 f., 118 f.;
Maetzel, DÖV 1966, 520, 521.

Durch einen sog. " Ausforschungsbeweis " würde gegen den Verhandlungsgrundsatz verstoßen, wenn die bei der Beweiserhebung zutage tretenden Tatsachen als durch das Gericht in den Prozeß eingeführt anzusehen sind¹ oder eine Information der beweispflichtigen Partei durch die Beweisaufnahme der Verhandlungsmaxime widerspricht.

Ergeben sich bei der Beweiserhebung neue Tatsachen, so sind diese zunächst nur Beweisstoff. Entscheidungsgrundlage werden sie erst, wenn sich eine der Parteien auf sie beruft. Das Gericht entscheidet über den Sach- und Streitstand auf der Grundlage der mündlichen Vorträge der Parteien (§ 313 Abs. 1 Nr. 3 ZPO). Urteilsgrundlage sind nur Tatsachen, die von den Parteien vorgetragen worden sind².

Werden somit die bei der Beweiserhebung bekannt gewordenen Tatsachen nicht ohne Mitwirkung der Parteien Entscheidungsstoff, so bleibt doch zu fragen, ob es den Parteien zuzurechnen ist, wenn diese Fakten in der Beweiserhebung aufgedeckt werden. Da das Gericht

-
- 1) Peters, Ausforschungsbeweis, S. 100, 101, 125 und ihm folgend Esser, Der Ausforschungsbeweis, S. 156 f. machen die Ableitung des Ausforschungsverbotes aus der Verhandlungsmaxime davon abhängig, ob es dem Richter verboten ist, durch eigene Tätigkeit Tatsachenstoff in die Verhandlung einzuführen. Jedoch fehlt es schon an der von ihnen nicht näher begründeten Prämisse, daß der Richter den bislang unbekannten Tatsachenstoff in den Prozeß einführt. Daß diese Prämisse nicht zutrifft, sollen die nachfolgenden Ausführungen dartun.
 - 2) Rosenberg-Schwab, LB, § 78/II 1, S. 370; RG 151, 98; jedoch ist dies umstritten: vgl. Lent-Jauerning, § 25 VIII 2(2) und Bernhardt, § 23 V 7; M.E. kann das Gericht nur solche Tatsachen in den Prozeß einführen, für deren Feststellung es selbst die Verantwortung trägt, also die Prozeßvoraussetzungen und die sonstigen von Amtswegen zu prüfenden Tatsachen. Diese Auslegung gebietet der Verhandlungsgrundsatz.

auf Antrag tätig geworden ist, sind auch die bei Gelegenheit der Beweisaufnahme bekannt gewordenen Fakten der Initiative der Parteien zuzuschreiben. Das Gericht kann bei einer Beweisaneinanderordnung nicht voraussehen, ob die Beweiserhebung über das Beweisthema hinaus neue erhebliche Tatsachen offenbart. Auch wenn mit einem solchen Beweisergebnis möglicherweise zu rechnen ist, so kann deshalb der Antrag nicht abgelehnt werden. Denn die Wahrscheinlichkeit ist kein geeigneter Maßstab, um die Zulässigkeit eines Antrags zu beurteilen. Der Richter muß die Beweisaufnahme soweit ausdehnen, als dies zum Verständnis und zur Würdigung der Behauptung erforderlich ist¹. Ergeben sich hierbei neue Tatsachen, so ist dies eine nicht vermeidbare Folge der Beweiserhebung über den Parteienantrag.

Der Verhandlungsgrundsatz verbietet auch nicht, daß die darlegungsbelastete Partei die Kenntnis erheblicher Tatsachen durch die Vernehmung des Gegners oder eines Dritten erlangt. Durch die Verhandlungsmaxime wird die Stoffsammlung den Parteien übertragen, aber nicht die Allwissenheit der Parteien vorausgesetzt. Bei jeder Beweiserhebung können sich neue Fakten ergeben. Der Beweispflichtige kann seinen weiteren Vortrag daher auch auf das ihm bislang unbekannte Geschehen stützen. Aus §§ 445 ff., 372 a ZPO wird ersichtlich, daß die Zivilprozeßordnung gegen eine Materialverschaffung durch den

1) Allerdings auch nicht weiter! Dies gebietet der Verhandlungsgrundsatz und die Forderung nach Bestimmtheit der zu beweisenden Tatsachen; vgl. auch Dunz, NJW 56, 769: Dem Verhandlungsgrundsatz als Spielregel rein technischer Natur sei durch die substantiierte Behauptung genügt.

Gegner nichts einzuwenden hat. Der Gegner muß sich auch zu seinen Ungunsten in die Beweiserhebung einbeziehen lassen¹.

bb) Auch die Beweislastregeln stehen einer Information des Beweispflichtigen durch die Beweisaufnahme nicht entgegen. Wurde durch die Parteivernehmung des Gegners eine entscheidungserhebliche Tatsache bekannt, so wird sie erst dann Prozeßstoff, wenn sich der Gegner zur Begründung seines Antrags auf sie beruft². Ist die Tatsache beweisbedürftig, so obliegt es weiterhin dem Beweisbelasteten, den Beweis zu erbringen.

Dieses Ergebnis wird auch dadurch unterstrichen, daß die Beweislastregeln die Sachaufklärung nicht beschränken dürfen³. Sie sollen nur eingreifen, wenn der Sachverhalt nicht festgestellt werden kann. Durch die neuen Tatsachen eröffnet sich aber die Möglichkeit, den Sachverhalt zu erkennen. Die Beweislastregeln erkennen sogar die Ausforschung des Gegners an, denn die Beweislast trägt in den Fällen der sog. Beweislastumkehr die Partei, die dem Sachverhalt am nächsten steht. Sie wird angehalten, ihr Wissen zur Aufklärung des Sachverhalts beizusteuern.

1) So Peters, Ausforschungsbeweis, S. 108; Dunz, NJW 56, 769 (770); von Hippel, a.a.O., S. 445, 337 bringt diesen Gedanken dadurch plastisch zum Ausdruck, daß er von einer "Aufklärungsgemeinschaft" der Parteien spricht.

2) Vgl. RGZ 151, 98.

3) So auch Peters, Ausforschungsbeweis, S. 110, 111; G. Esser, Der Ausforschungsbeweis, S. 184 f., 188; Dunz, MDR 56, 263 (264).

cc) Wird durch einen Antrag, welcher die Gegenpartei oder Dritte zu Auskünften veranlassen soll, nicht gegen den Verhandlungsgrundsatz oder die Beweislastregeln verstoßen, so widerspricht der Beweisantrag auch nicht Treu und Glauben¹. Der Beweisantrag wird nicht zweckentfremdet, wenn sich bei der Beweiserhebung dem Beweisführer bislang unbekannte Tatsachen ergeben. Das Verfahrensrecht billigt eine Information im Prozeß durch die Beweisaufnahme². Der Beweisantrag fördert daher die Aufklärung des Sachverhalts, ohne geschützte Gegeninteressen zu verletzen. Ein "verfahrensrechtlicher Kunstgriff"³ liegt daher nicht vor.

d. Von einem Ausforschungsbeweis wird ferner dann gesprochen, wenn die Behauptung "aufs Geratewohl", "auf gut Glück", "ins Blaue hinein", "ohne tatsächliche Unterlagen" oder "ohne Anhaltspunkte" aufgestellt ist⁴.

Zweifel an der Existenz tatsächlicher Unterlagen für die behaupteten Tatsachen werden

1) So aber BGH, NJW 64, 1414; RAG 17, 294.

2) Siehe S. 216, 217.

3) So der BGH in NJW 64, 1414.

4) BGHZ 5, 307; BGH, FamRZ 64, 253; FamRZ 59, 102; BGH, MDR 52, 350; BGH, NJW 68, 1233 (wenn auch nicht unter der Bezeichnung Ausforschungsbeweis); RAG 17, 294; RAG, AP Nr. 24 § 611 BGB, Ärzte, Gehaltsansprüche; OLG München, VersR 67, 484; OLG Karlsruhe ZBlJugR 60, 159; OLG Düsseldorf, NJW 59, 102, 299; OLG Hamm, JR 61, 145; OLG Bamberg, FamRZ 55, 217; OLG Braunschweig, MDR 56, 306 = FamRZ 56, 249; OLG Celle, NJW 55, 1037; LG Kleve, ZBlJugR 66, 303; AG Hennef/Sieg, FamRZ 59, 24; weitere Darstellungen in den auf S. 208 genannten Aufsätzen und Abhandlungen, insbes. bei Peters, Anhalt und Esser.

insbesondere erhoben, wenn ersichtlich ist, daß der Beweisführer die Behauptung nur auf Grund von Vermutungen aufgestellt hat:

Der Beklagte hatte nach den Regeln des Anscheinsbeweises den Unfall und den Tod seines Mitfahrers verursacht. Er wollte dieses Ergebnis durch den Beweis entkräften, daß der Mitfahrer möglicherweise kurz vor dem Unfall während der Fahrt verstorben sei. Er beantragte, dies durch die Exhumierung und Untersuchung der Leiche durch einen Sachverständigen zu überprüfen. Dieser Beweis-antrag wurde abgelehnt, da Anhaltspunkte dafür, daß der Mitfahrer, bei dieser Fahrt kurze Zeit vor dem Unfall verstorben sein könne, nicht vorlagen.

Die Unzulässigkeit solcher Geratewohlbehauptungen wird damit begründet, daß der Antragsteller gegen seine Wahrheitspflicht², gegen die Verhandlungsmaxime³ oder gegen den

1) OLG München, VersR 67, 484.

2) So: OLG Celle, NJW 55, 1037; RAG 17, 294; BAG, AP Nr. 24 § 611 Ärzte, Gehaltsansprüche; LG Kleve, ZBlJugR 66, 303; BGH, NJW 68, 1233; Haußer, NJW 59, 1811 f.

3) So: Nikisch, § 85 I 2, S. 333; BGH, MDR 52, 350; FamRZ 59, 102; Hertz-Kleptow, DRiZ 53, 103; Riedel, NJW 56, 6 f.
Wird die Unzulässigkeit des Ausforschungsantrags aus der Verhandlungsmaxime abgeleitet, so ist es konsequent, daß im Verfahren mit Untersuchungsgrundsatz das Ausforschungsverbot nicht anerkannt wird: so BGH, FamRZ 64, 253; BayObLGZ 50/51 Nr. 16; RG, DR 42, 863 Nr. 18; Schröder, FamRZ 65, 178; so erklärt sich, daß in Unterhaltsprozessen vor Inkrafttreten des neuen Nichtehelichenrechts Anträge auf erbbiologische Untersuchung ohne nähere Angaben über den anderen möglichen Erzeuger abgelehnt wurden, während im nachfolgenden Statusverfahren dem Antrag stattgegeben wurde.

Grundsatz von Treu und Glauben verstoße¹.

aa) § 138 ZPO verbietet ein Vorbringen wider besseres Wissen². Bei sog. Geratewohlbehauptungen kann dem Beweisführer aber der Glaube an die behauptete Tatsache nicht abgesprochen werden. Vermutet eine Partei eine Tatsache, so kann sie diese Tatsache behaupten, wobei es gleichgültig ist, ob sie für die Vermutung Anhaltspunkte besitzt³.

Da § 138 ZPO die Anforderungen an den Wahrheitsgehalt einer Behauptung abschließend regelt⁴, können an die Wahrhaftigkeit bei Geratewohlbehauptungen auch keine höheren Anforderungen gestellt werden, als sie sich aus § 138 ZPO ergeben⁵.

bb) Eine Beweiserhebung über auf Verdacht behauptete Tatsachen widerspricht auch nicht der Verhandlungsmaxime oder den Grundsätzen der Beweislast.

Den Forderungen der Verhandlungsmaxime ist Rechnung getragen, wenn die Parteien dem Gericht den Prozeßstoff unterbreiten. Dies ge-

-
- 1) BGH, NJW 68, 1233 (4); NJW 64, 1414; JR 65, 181 = MDR 65, 40; RAG 17, 294 f.; OLG Freiburg, JZ 53, 229; OLG Bamberg, FamRZ 55, 217; Büttner, ZZP Bd. 67, 73 f., 83; Baumbach-Lauterbach, § 282 Anm. 2, § 138 Anm. 1 c; Niclas, ZBlJugR 64, 289 und 60, 9; OLG Celle, MDR 71, 315(7).
 - 2) Siehe oben S. 201 f., 204.
 - 3) Peters, Ausforschungsbeweis, S. 123, 76 f.; OLG Koblenz NJW 56, 795; auch BGH, FamRZ 64, 253 (anders jedoch später in NJW 68, 1233); OLG Stuttgart, FamRZ 65, 285.
 - 4) Siehe oben S. 200.
 - 5) Peters, Ausforschungsbeweis, S. 124; G. Esser, Der Ausforschungsbeweis, S. 197.

schieht auch dann, wenn der Gegner oder ein Dritter auf einen Beweisantrag über bisher nur vermutete Tatsachen aussagt.

Die Regeln der Beweislast gehen davon aus, daß der Beweisbelastete die entscheidungserheblichen Tatsachen darlegt. Wie dieser Vortrag zu erfolgen hat, ist in § 282 ZPO festgelegt: auch nur vermutete Tatsachen können "bestimmt" behauptet werden¹. Der Beweisbelastete wird also seiner Obliegenheit zum Vortrag und Beweis des Prozeßstoffs gerecht. Dies wird dadurch unterstrichen, daß die Beweislastregeln nur erarbeitet wurden, um im äußersten Falle, bei einem Scheitern der Sachaufklärung, den Streit entscheiden zu können.

Auch die Meinung, im Zivilprozeß werde nicht ermittelt, sondern nur bewiesen², ist in dieser Allgemeinheit nicht zutreffend³. Mit vielen Beweiserhebungen wird zugleich ermittelt. Bei jeder Behauptung kann das Wissen um die behaupteten Tatsachen beschränkt sein. Jedem dieser Beweisanträge wohnt daher eine Ausforschungstendenz inne. Dies wird insbesondere bei den Blutgruppen- und erbbiologischen Gutachten ersichtlich⁴, aber auch in folgendem Beispiel:

1) Siehe oben S. 38 f.

2) So Nikisch, a.a.O., S. 333.

3) Vgl. dazu P. Anhalt, Diss., S. 81:
Er weist darauf hin, daß die Partei zumindest auch eine Beweisführungsabsicht haben wird.

4) Dies stellt Jessen, MDR 1956, S. 263 heraus.

Der bei dem Unfall verletzte Kläger behauptet, daß der Beklagte betrunken den Wagen gesteuert habe. Er beantragt, den Beklagten und seine Mitfahrer darüber zu vernehmen.

Der Kläger kann zu dieser Behauptung auf Grund folgender Beobachtungen gelangt sein:

Der Beklagte hat nach dem Unfall aus dem Mund nach Alkohol gerochen.

Der Beklagte hat nach dem Unfall einen unsicheren Eindruck gemacht, seine Reaktionen erschienen zu langsam.

Das Fahrverhalten des Beklagten vor dem Unfall verriet Unsicherheiten.

Der Unfall ist nach den Straßen- und Verkehrsverhältnissen nicht zu erklären.

Obwohl die Anhaltspunkte, die für die behauptete Trunkenheit sprechen, immer schwächer werden, weiß der Beweisführer in keinem Fall positiv, daß der Gegner betrunken war. Wird der Beklagte oder sein Begleiter über den Alkoholkonsum vernommen, so wird hier in jedem Fall ermittelt. Eine Differenzierung nach dem Gewicht der Anhaltspunkte ist nicht möglich, da erst die Beweiserhebung verbindlich Antwort gibt.

Vom Beweispflichtigen kann auch nicht verlangt werden, seinerseits Vorermittlungen anzustellen, ob der von ihm gehegte Verdacht eine Grundlage hat, bevor er an das Gericht mit Beweisansprüchen herantritt.¹ Durch derartige Vorermittlungen würde der Beweiserhebung durch das Gericht vorgegriffen und die Wahrheitsfindung wäre durch die vorangegangene Beeinflussung gefährdet.

Es kann daher dem Antragsteller nicht entgegen-

1) Eigene Parteiermittlungen sind nur dann nötig, wenn der Antragsteller seiner Darlegungspflicht nicht nachkommen kann; vgl. G. Esser, Der Ausforschungsbeweis, S. 171.

gehalten werden, er bezwecke mit der Beweiserhebung über vermutete Tatsachen eine unzulässige Ermittlung.

cc) Stellt der Beweisführer ausreichend substantiierte Behauptungen unter Beweis und verspricht die Beweiserhebung eine weitere Aufklärung des Sachverhalts, so dient der Antrag keinen beweisfremden Zwecken und verstößt somit nicht gegen Treu und Glauben. Dies gilt selbst dann, wenn die Behauptung auf Vermutungen beruht. Denn auch eine vermutete Tatsache kann bestimmt behauptet und damit unter Beweis gestellt werden.

e. Es ist somit festzuhalten:

Liegt eine ausreichend substantiierte Behauptung vor, so kann der Antrag, darüber Beweis zu erheben, nicht als unzulässige Ausforschung zurückgewiesen werden. Dies gilt gleichermaßen im Verfahren mit Verhandlungs- wie mit Untersuchungsgrundsatz, da aus dem Verhandlungsgrundsatz die Unzulässigkeit von Ausforschungsanträgen nicht abgeleitet werden kann.

Dieses Ergebnis wird dadurch unterstrichen, daß der Gesetzgeber bei der Neuregelung des Nichteheichenrechts von der Vorstellung ausgegangen ist, Beweisanträge dürften nicht als

unzulässige Ausforschung zurückgewiesen werden¹. Aus dem Ziel der Novellierung, den leiblichen Vater zu ermitteln, ergibt sich, daß sämtliche der Klärung der Vaterschaft dienenden Beweise zu erheben sind. Auch die Literatur, die zum Ausforschungsbeweis im neuen Nicht-ehelichen-recht Stellung nimmt, teilt diese Ansicht². Daher ist im Statusverfahren einem Antrag auf erbbiologische Begutachtung stattzugeben, wenn nicht andere Beweismittel - insbesondere das Blutgruppengutachten - bereits einen stringen-

-
- 1) So: Referentenentwurf des Unehelichengesetzes, S. 54, 55: "§ 640 ZPO in der Fassung des Entwurfs in Verbindung mit § 622/I ZPO stellt klar, daß der Mann in der Führung dieses Beweises nicht beschränkt ist, Ein Beweisangebot kann somit nicht etwa, wie gegenwärtig eine weit verbreitete Meinung für den Unterhaltsprozeß annimmt, als unzulässiger Ausforschungsbeweis zurückgewiesen werden." Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses des deutschen Bundestags, 5. Wahlperiode, Bericht des Abgeordneten Dr. Stammberger zu Drucksache V/4179 bei § 1600 o: § 1600 o Abs. 2 S. 2 stellt klar, daß die Vaterschaftsvermutung erst dann Geltung erlangt, wenn sämtliche der Klärung dienlichen Beweise erhoben sind und wenn nur noch geringe Zweifel an der Abstammung verblieben sind". Vgl. ferner: Amtliche Begründung des Regierungsentwurfs, abgedruckt in: Jansen-Knöpfler, Das neue Unehelichengesetz, S. 153.
 - 2) Firsching, Der deutsche Rechtspfleger 1970, S. 8 (13, 14); Reinheimer, FamRZ 70, 122 (125); Lüderitz, FamRZ 66, 613 (616); Göppinger, JR 69, S. 401 f. (404): Der Streit über die Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit des sog. "Ausforschungsbeweises" hat nun in diesem Verfahren seine Bedeutung verloren; einschränkender äußert sich Göppinger in DRiZ 70, S. 146 und S. 181: in zweifelhaften Fällen wird ein erbbiologisches Gutachten erforderlich sein; Glage, Die Vaterschaftsfeststellung nach dem neuen Nichteelichenrecht, NJW 70, 1223; Odersky, Nichteelichengesetz, Handkommentar, S. 142, 143.

ten Beweis erbracht haben¹. Daß dies die Prozeßdauer verlängert - da das Kind zur Zeit der Begutachtung drei Jahre alt sein muß und das Verfahren, wenn das Kind noch nicht so alt ist, bis dahin auszusetzen ist² - wurde bei der Neuregelung in Kauf genommen. Für die Zeit bis zur Klärung der Abstammung ermöglicht nun § 641 d ZPO, den Unterhalt einstweilig zu regeln. Damit entfällt für den Richter das Bedenken, durch eine Beweiserhebung die Versorgung des Kindes zu gefährden und die Unterhaltslast der öffentlichen Fürsorge aufzubürden.

Ist damit für das Statusverfahren geklärt, daß das sog. Ausforschungsverbot die Ablehnung von Beweisanträgen nicht rechtfertigt³, so gilt dies auch für die übrigen vom Untersuchungsgrundsatz beherrschten Verfahren⁴.

Wenn es auch Zweck der Novellierung des Nichtehelichenrechts war, die Ermittlung des wirklichen Vaters zu fördern, so hat dieses Ziel doch nur in der gewählten Verfahrensart seinen Niederschlag gefunden. § 1600 o Abs. 2 Satz 2 BGB n.F. verlangt zwar von dem Richter die Würdigung aller Umstände. Dadurch wird jedoch

-
- 1) Das erbbiologische Gutachten wäre dann ein ungeeignetes Beweismittel.
 - 2) § 640 f ZPO n.F. ermöglicht die Aussetzung des Verfahrens.
 - 3) So nun OLG Nürnberg, MDR 1971, S. 590; unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben berücksichtigt jedoch das OLG Celle MDR 1971, S. 315 weiterhin den Ausforschungsgedanken.
 - 4) Das OLG Karlsruhe, FamRZ 62, 203 (4); 63, 254; 65, 577 und das OLG Schleswig, FamRZ 65, 88 wandten den Ausforschungsgedanken auch im Verfahren mit Untersuchungsgrundsatz an.

keine Pflicht zur Klärung aller denkbaren Möglichkeiten durch Beweiserhebung von Amts wegen statuiert. Vielmehr geht diese Bestimmung nur von der durch die Amtsermittlung und die Beweisangebote gebotenen erschöpfenden Beweisaufnahme aus¹.

Kann somit im Verfahren mit Untersuchungsgrundsatz die Ablehnung eines Beweisantrags nicht auf den Ausforschungscharakter des Antrags gestützt werden, so ist auch im Bereich der Verhandlungsmaxime keine andere Aussage möglich. Untersuchungs- und Verhandlungsgrundsatz gestatten keine verschiedene Beurteilung der Beweiserhebungspflicht auf Antrag der Parteien.²

Zusammenfassend ist daher festzustellen: Der Antrag verändert im Verfahren mit Verhandlungs- wie mit Untersuchungsgrundsatz den Inhalt der Verhandlung. Ihm ist auch dann stattzugeben, wenn er im Einzelfall eine Ausforschung des Gegners oder eines Dritten bewirken sollte.

1) Vgl. Odersky, a.a.O., S. 142; Jansen-Knöpfel, Das neue Unehelichengesetz, S. 154.

2) So auch das OLG Karlsruhe, FamRZ 62, 203 (4); 63, 254; 65, 577 und das OLG Schleswig, FamRZ 65, 88, jedoch mit entgegengesetzter Schlußfolgerung: in beiden Verfahren müsse der Ausforschungsgedanke gelten. Jedoch wurde auf den vorhergehenden Seiten dargelegt, daß das sog. Ausforschungsverbot aus dem Verhandlungsgrundsatz nicht abgeleitet werden kann.

5. Kapitel

Die Ablehnungsgründe und ihre Kodifizierung.

A. Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse, gegliedert nach den Gesichtspunkten der Zu- lässigkeit und Begründetheit.

I. Der Beweisantrag als Erwirkungshandlung verpflichtet das Gericht, über den Antrag zu entscheiden. Ob der Antrag günstig oder ungünstig beschieden wird, hängt von seiner Eignung, die entscheidungserheblichen Tatsachen aufzuklären, ab¹. Diese "Eignung" der Erwirkungshandlung wird im Anschluß an Sauer² nach den prozessualen Wertungen der Zulässigkeit - Unzulässigkeit, Begründetheit - Unbegründetheit beurteilt³.

Ein Antrag ist zulässig, wenn er die prozessualen Bedingungen erfüllt, von denen die inhaltliche Prüfung durch den Richter abhängt. Dies sind die durch das Prozeßrecht aufgestellten Anforderungen an die Form der Beweisanträge und die Art und Weise der Antragstellung. Begründet ist ein Antrag, wenn er inhaltlich geeignet ist, die begehrte Beweiserhebung zu erwirken.

1) Vgl. Niese, S. 94.

2) Sauer, Allgemeine Prozeßrechtslehre, S. 214 f., 177 f.

3) Vgl. Eb. Schmidt, Teil I, Rdnr. 234 f.;
J. Goldschmidt, S. 264 f.; insbes. 367 f.;
432 f., 450 f.; Niese, S. 94 f.

Von der Zulässigkeit und Begründetheit ist die Beachtlichkeit des Beweisantrags zu unterscheiden. Eine ungültige oder unwirksame Prozeßhandlung hat der Richter nicht zu beachten, da es an einer Erwirkungshandlung fehlt. Ein Beweisantrag kann jedoch nicht unbeachtlich sein, wenn der Antragsteller mit seinem Begehren eine Entscheidung erheischt. Denn damit ist schon eine Erwirkungshandlung gegeben. Würde über einen solchen Antrag nicht entschieden, so läge Justizverweigerung vor. Unbeachtlich könnte nur der Antrag sein, welcher nicht einmal den Schein einer Erwirkungshandlung erzeugt. Sollte daher die mangelnde Ernsthaftigkeit eines Antrags evident sein, so bräuchte das Gericht diesen Antrag auch nicht zu bescheiden.

Alle anderen Mängel, mögen sie auch noch so grob sein, insbesondere die von der praktisch nie vorkommenden Nichternsthaftigkeit zu unterscheidende Verschleppungsabsicht¹, führen zur Unzulässigkeit oder Unbegründetheit, da hier die Beweiserhebung gewollt ist².

Die Gründe, welche zur Ablehnung von Beweisanträgen berechtigen, sind daher unter die Kategorien der Unzulässigkeit und der Unbegründetheit einzuordnen.

II. Die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Beweisantrags.

1. Ein zulässiger Beweisantrag setzt voraus, daß die Wahrheit einer behaupteten Tatsache

1) Vgl. Eb. Schmidt, I, RdNr. 238 Anm. 439; II, § 244 RdNr. 30; Schmitt, DVBl. 64, 465 (466).

2) A.A. Schmitt, DVBl. 64, 465 (7): Beweisermittlungsanträge sind unbeachtlich.

mit einem in der ZPO vorgesehenen Beweismittel überprüft werden soll¹.

2. Dazu sind Beweisthema und Beweismittel substantiiert zu benennen². Dabei ist zu beachten, daß auch Vermutungen unter Beweis gestellt werden können. Die Substantiierung einer Behauptung richtet sich nur nach den an die Erheblichkeit des Vorbringens zu stellenden Anforderungen.

3. Der Beweisantrag wird dadurch unzulässig, daß dem Beweisthema ein Beweistatsachenverbot oder dem Beweismittel ein Beweismittelverbot entgegensteht³.

4. Der Beweisantrag darf nicht allgemeinen Prozeßgrundsätzen widersprechen⁴. Er darf insbesondere nicht gegen Treu und Glauben verstoßen⁵.

Werden materiell rechtswidrig erlangte Informationen oder Beweismittel zum Beweis angeboten, so steht dies der Zulässigkeit des Beweisantrags nur entgegen, wenn durch das Grundgesetz geschützte Rechte verletzt sind⁶.

Ein Ausforschungsverbot ist aus dem geltenden Recht nicht abzuleiten⁷.

1) S. 24 f.

2) S. 36, 45 f.

3) S. 181 f.

4) S. 181

5) S. 199 f.

6) S. 184 f., 198

7) S. 208 f., 226

III. Die Begründetheit bzw. Unbegründetheit des Beweisantrags

1. Der Beweisantrag ist insbesondere dann unbegründet, wenn die unter Beweis gestellte Beweistatsache unerheblich ist¹.

Bei der Prüfung der Erheblichkeit sind prozessuales Recht und materielles Recht zu verbinden. Hier zeigt sich, daß das Prozeßrecht der Verwirklichung des materiellen Rechts dient. Die Beweiserheblichkeit ist daher primär an dem gesetzlichen Tatbestand zu messen. Die Unnötigkeit einer Tatsachenaufklärung kann sich jedoch auch aus der konkreten Tatsachen- und Prozeßlage ergeben. Die Erheblichkeit von Indiztatsachen ist ferner nach ihrem Beweiswert im Verhältnis zu den bereits bewiesenen Tatsachen zu beurteilen.

Als gedankliches Mittel zur Prüfung der Erheblichkeit dient die Wahrunterstellung. Als Ablehnungsgrund mit selbständigem Sinngehalt kann sie hingegen nicht anerkannt werden². Eine bestrittene Tatsache kann nicht der Entscheidung zugrunde gelegt werden, ohne bewiesen zu sein.

2. Ein Beweisantrag ist untauglich, die erstrebte Entscheidung zu erwirken, wenn das Beweisthema nicht beweisbedürftig³ ist, sei es infolge Offenkundigkeit⁴, infolge gesetzlicher Vermutungen⁵, oder weil das Beweisthema be-

1) S. 114 f.

2) S. 97 f.

3) S. 124 f.

4) S. 126 f.

5) S. 130 f.

reits im Sinne der Behauptung bewiesen ist¹. In diesen Fällen bleibt jedoch der Gegenbeweis bzw. bei Vermutungen der Beweis des Gegenteils stets zulässig.

Im Zivilprozeß ohne Amtsermittlung entfällt die Beweisbedürftigkeit - und zwar mit Ausschluß des Beweises des Gegenteils - ferner, wenn die Tatsachen zugestanden sind². Dies gilt auch bei einem Geständnis unwahrer Tatsachen, sofern die unstrittige sog. "Tatsache" nicht unmöglich ist³.

3. Die Eignung, die erstrebte Beweiserhebung herbeizuführen, kann auch dann verneint werden, wenn auf Grund von Erfahrungssätzen bereits vor der Beweiserhebung festgestellt werden kann, daß das angebotene Beweismittel zum Nachweis der Behauptung ungeeignet ist⁴. Dies ist der Fall, wenn ein Beweismittel erfahrungsgemäß den Nachweis bestimmter Themen nicht erbringen kann⁵. Ferner ist die Nichteignung auch dann zu bejahen, wenn der Beweiswert des in dem Antrag benannten Beweismittels dem eines anderen bereits verwandten Beweismittels so unterlegen ist, daß es als wertlos bezeichnet werden kann⁶. Auch kann ein Beweisangebot das Gericht nicht zur Beweiserhebung verpflichten, wenn die Unerreichbarkeit des Beweismittels einer Beweiserhebung entgegensteht⁷.

4. Auf Grund von Erfahrungssätzen ist die Beweiserhebung über die Wahrheit einer Behauptung dann überflüssig, wenn Erfahrungssätze die behauptete Tatsache entweder belegen (Anscheinsbeweis)⁸ oder widerlegen (sog. unmögliche Tatsache)⁹.

1) S. 131, 132

2) S. 123, 124

3) S. 123 Anm. 2, 163

4) S. 144 f.

5) S. 144 f.

6) S. 150 f.

7) S. 162

8) S. 103 f.

9) S. 163 f.

5. Ein Beweisantrag auf Vernehmung eines Sachverständigen kann abgelehnt werden, wenn das Gericht sich die nötige Sachkunde selbst vertrauen darf¹. Bei der Entscheidung, ob das Gericht die nötige Sachkunde besitzt, steht dem Gericht ein Beurteilungsspielraum zu.

6. Bei verspäteten Anträgen, Anträgen auf wiederholte Zeugenvernehmung, auf Einholung eines weiteren Gutachtens oder eines Obergutachtens und Anträgen auf dem Gebiet des § 287 ZPO hat der Gesetzgeber das Gericht von der Beweiserhebungspflicht freigestellt². Wird eine Beweiserhebung beantragt, so ist das Gericht bei seiner Entscheidung über den Antrag verpflichtet, die ihm gesetzten Ermessensgrenzen einzuhalten³. Es ist dabei nicht an das Verbot einer vorweggenommenen Beweiswürdigung gebunden⁴.

B. Analoge Anwendung des § 244 Abs.3 und 4 StPO?

I. Um die Ablehnung von Beweisanträgen zu begründen, verweisen Entscheidungen und Literatur nur in geringem Umfang auf die Regelung

1) S.132 f.;
entsprechendes gilt für den Beweis von
Rechtssätzen : S.140.

2) S.165 f.

3) S.166 f.

4) S.174.

in § 244 Abs. 3 StPO¹. Die Bezugnahme auf diese Vorschrift der Strafprozeßordnung wird damit gerechtfertigt, daß diese Bestimmung das Ergebnis jahrzehntelanger Rechtsprechung enthalte, an die sich auch der Zivilrichter anzu-
lehnen habe.

Häufiger findet sich der Hinweis auf § 244 Abs. 4 StPO bei auf § 412 ZPO gestützten Ablehnungen². Da § 412 ZPO die Beweiserhebung ins Ermessen des Gerichts stellt, aber über die zulässigen Ermessenserwägungen keine Aussage trifft, wird § 244 Abs. 4 StPO rechtsähnlich angewandt.

Es stellt sich daher die Frage, ob eine analoge Anwendung des § 244 StPO im Zivilprozeß zulässig und zweckmäßig ist³.

II. Eine analoge Anwendung des § 244 StPO könnte deshalb ausscheiden, weil die in steter Rechtsprechung vertretenen Ablehnungsgründe gewohnheitsrechtlich gelten. Läge Gewohnheitsrecht vor, so bestünde keine Lücke in der Rechtsordnung, welche mittels Analogieschlusses aus-

1) Vgl. BGHZ 53, 245 f., 259; DRiZ 59, 252; 66, 381; VersR 59, 729; Thomas-Putzo, § 284 Anm. 3; Stein-Jonas-Pohle, § 284 Anm. B III.

2) Vgl. BGH, VersR 63, 1150 (1); 64, 424 (7); 65, 583 (5); BGH 53, 245 f., 258; Küper, NJW 68, 182.

3) Schneider, ZZP Bd. 75, 173 f., 179 f. prüft ebenfalls die Zweckmäßigkeit einer Übernahme der Regeln des § 244 StPO in das Zivilprozeßrecht. Auf die gedanklich vorher zu klärende Frage der Zulässigkeit einer Analogie geht er allerdings nicht ein.

gefüllt werden könnte. Denn bei der Anwendung von Gewohnheitsrecht wird der Richter secundum legem tätig¹.

1. Kann man aber die in "gefestigter Rechtsprechung"² vertretenen Grundsätze über die Ablehnung von Beweisanträgen als Gewohnheitsrecht bezeichnen?³.

Sowohl die Zivilprozeßordnung als auch die Strafprozeßordnung enthielten zunächst keine Bestimmungen über die Beweisablehnung. Diese Lücke wurde von der Rechtsprechung durch Rechtsfortbildung ausgefüllt. Aus den Grundlagen des positiven Rechts und aus Sinn und Zweck des Beweisantrags wurden die Grenzen des Antragsrechts aufgezeigt⁴.

Die Entwicklung der Grundsätze vollzog sich zwar für Zivil- und Strafprozeß getrennt, da der Verfahrensart für die Ablehnung von Beweisanträgen Bedeutung zugeschrieben wurde⁵, jedoch unter gegenseitiger Beeinflussung und Befruchtung. Im Jahre 1935 kam es dann, nachdem Alsberg im Jahre 1930 das Recht des Be-

-
- 1) Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 29, 30.
 - 2) Der BGH bezeichnet in Bd. 53, S. 260 die Ablehnungsgründe als "gefestigte Rechtsprechung".
 - 3) Vgl. dazu: Stein-Jonas-Pohle, Einl. C V; Flume, Richter und Recht, Verhandlungen des 46. dt. Juristentages, K 19.
 - 4) Löwe-Rosenberg, § 244 Anm. V 1.
 - 5) Man denke nur an den Einfluß der Verfahrensart auf die Beurteilung der sog. Ausforschungsanträge (vgl. S. 214 f, 220 f); vgl. ferner die Ausführungen von Blomeyer, LB, S. 374, nach dessen Ansicht im Verfahren mit Untersuchungsmaxime der Grundsatz der Beweis-erhebungspflicht nicht gilt. Vielmehr könne hier das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen von einer Beweiserhebung mit den beantragten Beweismitteln absehen.

weisantrags auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung dargestellt hatte, zu der heute im Strafprozeßrecht vorhandenen Kodifizierung.

Im Zivilprozeß wurde und wird hingegen weiterhin nach den Grundsätzen steter Rechtsprechung entschieden.

Die von den Gerichten praktizierte Rechtsfortbildung schafft sog. Gerichtsgebrauch oder sog. Juristenrecht. Als solches " Recht " erlangt es faktische Rechtsgeltung. Die Rechtssuchenden halten sich an die Rechtsprechung und richten ihr Verhalten danach ein. Auf der anderen Seite aktualisieren die Gerichte dieses " Recht ", indem sie nach vergleichbaren Entscheidungen suchen und darauf ihren Urteilsspruch aufbauen ¹.

Eine solche faktische Rechtsgeltung als Gerichtsgebrauch oder Richterrecht stellt jedoch nach unserer Rechtsordnung keine Rechtsquelle dar. Richterrecht schafft kein gesetztes Recht oder Gewohnheitsrecht². Unter Berufung auf den Gerichtsgebrauch entscheidet der Richter, was im Einzelfall rechtens ist³.

-
- 1) BGHZ 23, 189; Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 134; Less, Vom Wesen und Wert des Richterrechts, S. 63. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S.407
 - 2) Stein-Jonas-Pohle, Einl. C V; Flume, a.a.O., K 22; Larenz, Methodenlehre, S. 407; Larenz Derogierende Kraft des Gerichtsgebrauchs, NJW 51, 497;
 - 3) Wenngleich er daran gebunden ist, es sei denn, daß er zu einer besseren Rechtseinsicht gekommen ist: vgl. Flume, a.a.O., K 24.

Zwar kann eine allgemein anerkannte Rechtsprechung gewohnheitsrechtliche Geltung erlangen, wenn die in ihr enthaltenen Regeln einer allgemeinen Rechtsüberzeugung entsprechen und vom Volk beachtet werden¹. Jedoch wird von der Literatur zunehmend in Frage gestellt², daß die richterrechtlichen Sätze durch ihre Anerkennung in der Überzeugung des Volkes verwurzelte Rechtssätze werden. Diese Anschauung wird damit begründet, daß das Juristenrecht ein im Vergleich zum Gewohnheitsrecht anders geartetes "Phänomen" darstelle. Während Gewohnheitsrecht in der Übung des Volkes, in dem unmittelbaren Verhalten der Rechtsgenossen in Erscheinung trete, handele es sich bei dem Richterrecht um eine Rechtsentwicklung und Rechtsformulierung durch Spezialisten, durch die Träger

-
- 1) So Staudinger-Brändl, Allg. Teil, Einleitung Rdnr. 42; Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Halbband, § 42; Larenz, Derogierende Kraft des Gerichtsgebrauchs, NJW 51, 497; Larenz, Methodenlehre, S. 338 f., insbes. 340; Gamillscheg, Die Haftung des Arbeitnehmers, Verh. 45. dt. Juristentag (1965) II, G, S. 11, §. 25; Nachweise auch bei Säcker, Zur demokratischen Legitimation des Richter- und Gewohnheitsrechts, ZRP 1971, 145 f. (148, 149). Wenn diese Autoren auch bei der Annahme des Entstehens von Gewohnheitsrecht Vorsicht anraten, so halten sie den "Umschlag" von Richterrecht in Gewohnheitsrecht doch für möglich.
 - 2) Vgl. insbes. Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 134 f., 134; Flume, a.a.O., K 22, 24, 25; Esser, Richterrecht, Gerichtsgebrauch, Gewohnheitsrecht, in: Festschr. für Fritz von Hippel, S. 95 f., 129, 130; 122, 123, 109; zur gewohnheitsrechtlichen Geltung der Schmerzensgeldtabellen: vgl. Henke, Die Schmerzensgeldtabelle, S. 93 f.

der "Rechtskultur" kraft des ihnen eingeräumten Entscheidungsmonopols. Die richterliche Rechtsfortbildung sei daher nur die dynamische Ausprägung des Gesetzesrechts. Die regelbildende Kraft einer richterlichen Praxis beruhe auf der fortbestehenden sachlichen Richtigkeit und Übereinstimmung mit der geltenden Rechtsordnung, d.h. das Richterrecht unterliege einer ständigen Überprüfung. Anders als beim Gewohnheitsrecht sei der Weg zur besseren Einsicht und Korrektur nicht versperrt. Gerade diese Möglichkeit der Überprüfung und die Geltung kraft der sachlichen Richtigkeit sprächen gegen die Annahme von Gewohnheitsrecht. Auf dem Gebiet des Verfahrensrechts könne sich außerdem ein Gewohnheitsrecht, das aus der Übung des Volkes entspringe und im Bewußtsein der Rechtsgenossen Geltung beanspruche, schon deshalb nicht bilden, da Verfahrensregeln allein der Autonomie der Gerichte anheimgestellt seien. Wendet man diese Erkenntnisse auf die Rechtsprechung zum Beweisantragsrecht an, so ergibt sich, daß von einem Gewohnheitsrecht nicht gesprochen werden kann¹. Gerade hier zeigte sich in der Rechtsprechung das Bemühen um bessere Ergebnisse: In vielen Urteilen entwickelte die Rechtsprechung die Ablehnungsgründe der Unerheblichkeit, der Wahrunterstellung, der Ungeeignetheit des Beweismittels und des Ausforschungsverbots. Auch diese Untersuchung hat gezeigt, daß die Entwicklung noch nicht als abgeschlossen betrachtet werden

1) Auch Wessels, Die Aufklärungsrüge im Strafprozeß, JuS 69, 1 f., S. 1, spricht von einem im Wege der Rechtsfortbildung nach und nach fest umrissenen Recht der Prozeßbeteiligten auf Erhebung der von ihnen beantragten Beweise.

sollte. So dürfen Wahrunterstellung und Ausforschungsverbot die Sachaufklärung nicht beschränken.

III. Da die Ablehnungsgründe somit nicht gewohnheitsrechtlich gelten, ist eine analoge Anwendung des § 244 StPO im Zivilprozeß möglich, wenn die Voraussetzungen für eine Analogie vorliegen. Daß durch den Analogieschluß Verfahrensrecht aus dem Strafprozeß auf den Zivilprozeß übertragen würde, steht einer Analogie nicht entgegen. Denn übergreifende Grundsätze, die einer analogen Anwendung fähig sind, gibt es auch zwischen verschiedenen Rechtsgebieten¹. Die analoge Anwendung des § 244/III, IV StPO ist daher davon abhängig, ob der nicht geregelte Fall nicht oder nur unwesentlich von dem im Gesetz geregelten abweicht. Es bedarf also des Nachweises, daß das, worin sich der geregelte Fall von dem nichtgeregelten unterscheidet, gegenüber dem, was beiden Fällen gemeinsam ist, unerheblich ist².

-
- 1) Vgl. dazu Schack, "Analogie" und Verwendung "allgemeiner Rechtsgedanken" bei der Ausfüllung von Lücken in den Normen des Verwaltungsrechts, in: Launfestschrift 1948, S. 275 f., insbes. S. 279 die zitierten Ausführungen von Schüle, und S. 283. Schneider, ZZP Bd. 75, 179 f. steht hingegen der Übernahme strafrechtlicher Einsichten in das Zivilrecht kritisch gegenüber. In "Beweis und Beweiswürdigung", S. 39 begründet er dies damit, daß Sachfragen von jeder Verfahrensordnung selbständig zu lösen seien.
- 2) Vgl. Engisch, a.a.O., S. 143, 144; Larenz, Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem, NJW 65, 1 f. (4): beide Fälle müssen gerade in den Hinsichten übereinstimmen, die für die daran geknüpften Rechtsfolge die "wesentlichen" sind.

Gemeinsam ist den Beweisanträgen im Straf- und im Zivilprozeß, daß sie zur Aufklärung des Sachverhalts beitragen sollen. Der Unterschied besteht darin, daß der Beweisantrag einmal im Strafprozeß, das andere Mal im Zivilprozeß gestellt wird. Ist diese Verschiedenheit für die Ausgestaltung der gesetzlichen Regelung maßgebend, so entfällt eine Analogie.

Für die Beweiserhebungspflicht ist es unerheblich, daß im Strafprozeß der Untersuchungsgrundsatz gilt; während der Zivilprozeß von der Verhandlungsmaxime beherrscht wird. Das Ziel, durch Beweisanträge die Aufklärung des Sachverhalts zu sichern, ist von der Verfahrensart unabhängig. Soweit sich die Berechtigung zur Ablehnung von Beweisanträgen daraus erklärt, daß der Antrag dieses Ziel nicht zu fördern vermag, sind auch die daraus abgeleiteten Ablehnungsgründe identisch. (Unerheblichkeit, Offenkundigkeit, Überflüssigkeit eines weiteren Beweises, Ungeeignetheit bzw. Unerreichbarkeit des Beweismittels). Jedoch resultieren daraus Unterschiede, daß die Parteien im Zivilprozeß gegensätzlich interessiert sind - was sich in der Aufteilung der Beweislast widerspiegelt -, während im Strafprozeß nur der Angeklagte betroffen ist und die Beweislast daher einseitig bei der Staatsanwaltschaft liegt. Der Gesetzgeber konnte deshalb im Strafprozeß auf eine volle Aufklärung zu Lasten des Staates verzichten und die Wahrunterstellung zulassen. Ferner konnte wegen der konträren Stellung von Kläger und Beklagtem im Zivilprozeß die Dispositionsmacht über die Feststellungsbedürftigkeit von Tatsachen den Parteien übertragen werden (§ 288 ZPO). Neben diesen Besonderheiten wäre bei einer analogen Anwendung des § 244 Abs. 3 StPO

zu beachten, daß die in Verschleppungsabsicht gestellten Beweisanträge in §§ 279, 283/II, 523 ZPO eine Sonderregelung gefunden haben, die das Gericht gegenüber derartigen Anträgen freier stellt, als dies § 244 Abs. 3 StPO gestatten würde.

Während somit die Regelung des § 244 Abs. 3 StPO nur mit Einschränkungen auf den Zivilprozeß übertragen werden könnte, stehen solche Bedenken einer analogen Anwendung des § 244 Abs. 4 S. 2 StPO bei Anträgen auf wiederholte Begutachtung nicht entgegen. Die in dieser Vorschrift enthaltene beispielhafte Aufzählung von Ablehnungsgründen kann zur Ausfüllung der Ermessensnorm des § 412 Abs. 1 ZPO herangezogen werden, da die Anordnung eines weiteren Sachverständigengutachtens in beiden Verfahren von dem Wert eines neuen Gutachtens abhängt.

IV. Da § 244 Abs. 3 StPO wegen der zu beachtenden Unterschiede im Zivilprozeß nur im Wege der Teilanalogie herangezogen werden könnte, ist zu fragen, ob eine solche Analogie - auch wenn sie ansich statthaft ist - zweckmäßig ist. Die durch die Analogie zu gesetztem Recht gesuchte Rechtsklarheit würde nicht eintreten, da bei der Übertragung der Regelung auf das andere Verfahren Besonderheiten zu beachten sind. Ferner läßt es der formale Charakter des Verfahrensrechts als wünschenswert erscheinen, den Umfang der Einflußnahme der Parteien durch Beweisanträge in der betreffenden Verfahrensordnung niederzulegen. Dem sollte nicht entgegengehalten werden¹,

1) So Schneider, ZZP Bd. 75, S. 179 f.

die Ablehnungsgründe ergäben sich aus dem Sinn des Beweisrechts, so daß es einer Niederlegung im Gesetz nicht bedürfe. Das Verfahrensrecht sollte die Befugnisse der Parteien eindeutig festlegen. Wenn der Gesetzgeber für die StPO eine Normierung für zweckmäßig erachtet hat, so darf auch für die ZPO nichts anderes gelten.

V. Eine Regelung der Ablehnungsgründe - soweit sie nicht bereits in der ZPO im spezielleren Sachzusammenhang kodifiziert sind (§§ 288, 291, 292, 293, 287, 398, 412, 283/II, 529/II, III ZPO) - stellt sich der Verfasser folgendermaßen vor:

Ein Beweisantrag ist zurückzuweisen, wenn das Beweisthema und die Beweismittel nicht mit erforderlicher Deutlichkeit bezeichnet sind oder wenn die Erhebung des Beweises unzulässig ist.

Ferner ist der Antrag abzulehnen, wenn die Beweistatsache unerheblich, nicht beweisbedürftig, im Sinne der Beweisbehauptung bereits erwiesen oder unmöglich ist. Den Beweiswert eines Beweismittels kann das Gericht ohne Beweiserhebung nur verneinen, wenn das Beweismittel ungeeignet oder unerreichbar ist.

Die Vernehmung eines Sachverständigen kann auch dann abgelehnt werden, wenn das Gericht die erforderliche Sachkunde besitzt.

LEBENS LAUF

Am 5. Juni 1943 wurde ich als Sohn des höheren Verwaltungsbeamten Dr. Peter Söllner und seiner Ehefrau Hertha , geb. Ott , in Freiburg i. Brg. geboren .

Nach dem Besuch der Volksschule in Freiburg und Nürnberg besuchte ich von 1954 bis zum Abitur im Jahre 1963 das Realgymnasium Nürnberg , das heutige Willstädter-Gymnasium .

Im Wintersemester 1963/64 begann ich mit dem Studium der Rechtswissenschaften an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg . Nach einem Studium von acht Semestern an dieser Universität und an der Freien-Universität-Berlin (Wintersemester 1964/65 und Sommersemester 1965) legte ich im Herbst 1967 in Erlangen die Erste juristische Staatsprüfung ab .

Daran schloß sich ein dreijähriger juristischer Vorbereitungsdienst im Bereich des Oberlandesgerichts Nürnberg an . Im September 1971 bestand ich die Zweite juristische Staatsprüfung .

Im Sommersemester 1971 und im Wintersemester 1971/72 war ich nebenamtlich innerhalb einer Strafrechtsübung am Institut für Strafrechtswissenschaften der Universität Erlangen-Nürnberg tätig .

Am 1. November 1971 trat ich als Gerichtsassessor in den Justizdienst des Freistaates Bayern .

Kurz vorher heiratete ich die Philologiestudentin Iris Wimmer .

Die vorliegende Dissertation entstand in den Jahren 1968 bis 1971 .

Offsetdruck-Fotodruck

J. Hogl, 8520 Erlangen Hauptstr. 109, (Nähe Martin-Luther-Platz) Tel. 22990